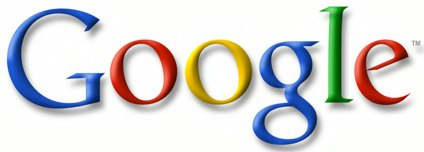



3 2044 103 192 563


VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG



Bürgerliches Gesetzbuch

nebst

Einführungsgesetz

erläutert von

Dr. G. Planck,

Wirklicher Geheimer Rat und ordentlicher Honorarprofessor an der Universität Göttingen,

in Verbindung mit

Dr. A. Achilles †, Reichsgerichtsrat, **Dr. F. André,** ordentlicher Professor, **M. Greiff,** Geheimer Ober-Justizrat, **F. Ritgen,** Landrichter,

O. Strecker, Ober-Landesgerichtsrat, **Dr. E. Strohal,** Geheimer Hofrat, ord. Professor, **Dr. K. Unzner,** Ober-Regierungsrat.

Dritter Band.

Sachenrecht.

Dritte Auflage.



Berlin 1906.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,

G. m. b. H.

Inhaltsverzeichnis des dritten Bandes.

Drittes Buch.
Sachenrecht.

Vorbemerkungen.

Erster Abschnitt.
Besitz.

Zweiter Abschnitt.
Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Dritter Abschnitt.

Eigentum.

Erster Titel.

Inhalt des Eigentums.

Zweiter Titel.

Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

Dritter Titel.

Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

II. Ersitzung.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

V. Aneignung.

VI. Fund.

Vierter Titel.

Ansprüche aus dem Eigentume.

Fünfter Titel.

Miteigentum.

Vierter Abschnitt.

Erbbaurecht.

Fünfter Abschnitt.

Dienstbarkeiten.

Erster Titel.

Grunddienstbarkeiten.

Zweiter Titel.

Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

II. Nießbrauch an Rechten.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

Dritter Titel.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

Sechster Abschnitt.

Vorkaufsrecht.

Siebenter Abschnitt.

Reallasten.

Achter Abschnitt.

Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Erster Titel.

Hypothek.

Zweiter Titel.

Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

II. Rentenschuld.

Neunter Abschnitt.

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel.

Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Zweiter Titel.

Pfandrecht an Rechten.

Drittes Buch.

Sachenrecht.

Vorbemerkungen.

I. Inhalt und System des Sachenrechts.

1. **Das Sachenrecht hat die Aufgabe**, die unmittelbaren Rechtsbeziehungen der Person zur Sache zu ordnen; es steht hierdurch im Gegensatze zu dem Rechte der Schuldverhältnisse, welches die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Personen zu regeln und deshalb nur mittelbar Sachen zum Gegenstande hat.

Das dritte Buch löst in den Schranken, welche ihm durch den Plan des BGB. gezogen sind (Bd. I S. 17 f.), seine Aufgabe in **neun Abschnitten**. Der erste Abschnitt ist dem Besitz als dem einfachsten Verhältnisse der Person zur Sache gewidmet. Der zweite enthält allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken. In den übrigen Abschnitten werden die einzelnen dinglichen Rechte abgehandelt, d. h. die Rechte, welchen nach dem BGB. die Sachen unterworfen sind, und zwar in je einem Abschnitte das Eigentum, das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, das Vorkaufsrecht (an Grundstücken), die Reallasten, die Hypothek und die ihr verwandte Grundschuld und Rentenschuld, zuletzt das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

2. Das dritte Buch setzt den **Sachbegriff** voraus, den der § 90 bestimmt.

a) Nach dieser Bestimmung sind **Rechte** keine Sachen im Sinne des Gesetzes. Gleichwohl können sie, soweit sie übertragbar sind, ähnlich wie bewegliche Sachen Gegenstand des Nießbrauchs und des Pfandrechts sein (§§ 1068 f., 1273 f.). Das Erbbaurecht hat die Besonderheit, daß es den auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften unterliegt (§ 1017), mithin wie ein Grundstück veräußert und mit Rechten belastet wird. Dasselbe gilt kraft Reichsrechts (EG. Art. 63, 68) von gewissen Nutzungsrechten, deren Regelung der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, nämlich von dem Erbpachtrechte mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts, vorausgesetzt, daß diese Rechte nach den Landesgesetzen veräußerlich und belastbar sind, und von dem sog. Abbaurechte, d. h. dem vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals. Außerdem können die Landesrechte innerhalb der ihnen vorbehaltenen Rechtsgebiete Rechte, z. B. Mühlengerechtigkeiten und Fährgerechtigkeiten (EG. Art. 65), Bergbauberechtigungen (Art. 67), Fischereirechte (Art. 69), Zwangs- und Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen (Art. 74) ꝛc. (s. auch EG. Art. 196), den sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften unterwerfen (vgl. z. B. Preußen Art. 37 I, XIII, Art. 38 § 5, Art. 40; Württemberg Art. 207 Nr. II, Art. 208; Sächs. Ges. v. 15. Juni 1900 § 29; Weimar §§ 125 ff., 155 ꝛc.).

Die hieran sich knüpfende Frage, wie die Zulassung von Rechten an einem Rechte mit dem Sachbegriff oder mit dem Begriffe der Dinglichkeit zu vereinigen ist, hat in dieser Allgemeinheit nur theoretische Bedeutung. Der Standpunkt des BGB. beruht auf der rein praktischen Erwägung, daß die Kategorie des Rechtes an einem Rechte mit den angedeuteten Beschränkungen seit langer Zeit in Deutschland besteht, den Be-

dürfnissen des geschäftlichen Lebens Rechnung trägt und deshalb von der Reichsgesetzgebung nicht abgelehnt werden konnte (s. die Vorbm. vor § 1068).

Etwas anders verhält es sich mit dem Besitze. Das BGB. faßt den Besitz als tatsächliche Gewalt über eine Sache auf. Ein Rechtsbesitz wird nicht geregelt. Doch finden auf Grunddienstbarkeiten sowie beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nach näherer Bestimmung des § 1029 und des § 1090 Abs. 2 die Vorschriften des ersten Abschnitts über den Besitzschutz entsprechende Anwendung.

b) Daß die Vorschriften über Sachen auf **Sachgesamtheiten und Vermögensinbegriffe** als solche keine Anwendung finden, ist Bd. I S. 161 Vorbm. 4, 6 bereits erörtert (vgl. RG. 53 S. 220; a. M. Fuchs S. 9 f.; s. auch Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, im Arch. f. Bürg. R. 22 S. 1 ff.).

3. Von entscheidendem Einfluß auf die Gestaltung des Sachenrechts ist die natürliche **Einteilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche.** Das BGB. spricht freilich nicht von unbeweglichen Sachen, sondern bezeichnet diese durchweg als Grundstücke. Der Ausspruch des E. I § 781 Abs. 1 „Unbewegliche Sachen sind die Grundstücke" wurde bei der zweiten Lesung gestrichen, aber nicht, weil er unzutreffend wäre, sondern nur, weil man ihn für entbehrlich hielt, wenn den beweglichen Sachen die Grundstücke gegenübergestellt würden (P. II Bd. 3 S. 3). Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich auch, daß die mit den Grundstücken verbundenen Sachen, insbesondere die Gebäude zu den beweglichen Sachen gehören, wenn sie gemäß § 95 nicht Bestandteile des Grundstücks sind (s. jedoch Eck, Vorträge S. 105 f.).

Für Rechte besteht eine entsprechende Unterscheidung nicht. Doch werden bei der Fahrnisgemeinschaft gewisse Rechte nach § 1551 Abs. 2 zum „unbeweglichen Vermögen" gerechnet, einer Kategorie, die im dritten Buche nicht vorkommt. Daß die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften auch für das Erbbaurecht und gewisse landesrechtlich geregelte Rechte gelten, wurde bereits unter Nr. 2a erwähnt. Einige dieser Vorschriften finden nach den §§ 1260 ff. auch auf das Schiffspfandrecht Anwendung.

Gegenstand des Besitzes, des Eigentums und des Nießbrauchs sind die Sachen ohne Rücksicht darauf, ob sie zu den beweglichen Sachen oder zu den Grundstücken gehören (§§ 854, 903, 1030). Dagegen findet das Pfandrecht nur an beweglichen Sachen und an Rechten statt (§§ 1204, 1273). Bei Grundstücken wird der wirtschaftliche Zweck, dem bisher das Pfandrecht diente, durch die Hypothek, die Grundschuld und die Rentenschuld erfüllt. An beweglichen Sachen können diese drei Rechte ebensowenig begründet werden wie das Erbbaurecht, die Grunddienstbarkeiten, die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, das Vorkaufsrecht und die Reallasten (§§ 1012, 1018, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1199). Die Erstreckung des Rechtes an einem Grundstück auf bewegliche Sachen und auf Rechte kommt dagegen auch dann vor, wenn das Recht selbst an einem solchen Gegenstande nicht bestellt werden kann (vgl. §§ 926, 1031, 1093, 1096, 1107, 1120 ff., 1192, 1200).

4. **Gemeinsame Vorschriften** für die dinglichen Rechte enthält das dritte Buch nicht. Ein Versuch, der in dieser Hinsicht bei der ersten Kommission gemacht wurde, ist erfolglos geblieben (P. I S. 3669 ff.). Schon der natürliche Gegensatz zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen wies auf eine getrennte Behandlung beider Gebiete in dem BGB. hin. Mit der Annahme des Grundbuchsystems und dem Ausbau desselben durch „Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken" war die Trennung grundsätzlich vollzogen. Man hätte freilich das, was diese Rechte mit den Rechten an beweglichen Sachen gemeinsam haben, in entsprechenden Sätzen zum Ausdrucke bringen können. Aber dergleichen Sätze hätten, wenn ihre Richtigkeit einigermaßen verbürgt werden sollte, eine so allgemeine und zugleich theoretische Gestalt annehmen müssen, daß sie das Verständnis des Sachenrechts in hohem Grade

erschwert haben würden. Ihre Aufstellung ist daher zweckmäßig der Wissenschaft überlassen worden.

Andererseits hat die besondere Regelung des Besitzes, des Eigentums und des Nießbrauchs zu einer Reihe von Bestimmungen geführt, die gleichmäßig auf bewegliche Sachen und auf Grundstücke berechnet sind. Indessen kommen auch hier zahlreiche Paragraphen vor, deren Beziehung auf die eine oder die andere Kategorie beschränkt ist; namentlich ist der Erwerb und Verlust des Eigentums in je einem besonderen Titel für die Grundstücke und die beweglichen Sachen geordnet (vgl. Abschn. 3 Tit. 2 und 3).

Auf gemeinsame Vorschriften für die Rechte an beweglichen Sachen hat man aus demselben Grunde verzichtet wie für die dinglichen Rechte überhaupt. Jedes einzelne der in Frage kommenden Rechte (Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht) ist formell selbständig geregelt. Doch wird zur Vermeidung von Wiederholungen insoweit, als eine grundsätzlich gleiche Gestaltung der Rechtsverhältnisse erforderlich erschien, beim Nießbrauch und beim Pfandrecht auf die entsprechenden Vorschriften über das Eigentum verwiesen (§§ 1032 f., 1065, 1207 f., 1227, 1244, 1262).

5. Das Sachenrecht wird durch die Bestimmungen des dritten Buches nicht erschöpft.

a) Zur Ergänzung dienen Vorschriften des Allg. Teiles, namentlich dessen zweiter Abschnitt „Sachen“, der nach dem Entwurfe der ersten Kommission an die Spitze des dritten Buches gestellt werden sollte, von der zweiten Kommission aber wegen seiner Bedeutung für das ganze Gesetzbuch in das erste Buch verwiesen worden ist.

Weitere Ergänzungen des Sachenrechts ergeben sich aus dem vierten Buche, indem mit dem Eintritte gewisser familienrechtlicher Verhältnisse der Erwerb von Rechten an Sachen verbunden ist, sowie aus dem fünften Buche für den Erwerb durch Erbfolge.

b) Für die Rechtsänderungen, welche im Wege der Zwangsvollstreckung vor sich gehen, sind die Bestimmungen der CPO. und, soweit die Vollstreckung in ein Grundstück, ein Erbbaurecht oder ein registriertes Schiff vollzogen wird, die Bestimmungen des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24. März 1897 maßgebend.

c) Verfahrensnormen werden grundsätzlich in dem BGB. nicht aufgestellt; das Verfahren, welches bei der Führung des Grundbuchs zu beobachten ist, wird in der GBO. v. 24. März 1897 vorgeschrieben.

d) Der Überleitung des bisherigen Rechtszustandes in den neuen ist der vierte Abschnitt des EG. gewidmet; das Sachenrecht insbesondere betreffen die Art. 180—197.

e) Inwieweit sachenrechtliche Vorschriften der bisherigen Reichsgesetzgebung neben dem BGB. in Kraft bleiben, wird im zweiten Abschnitte des EG. bestimmt. Es genügt hier, auf die Art. 32, 52—54 zu verweisen.

f) Die Landesgesetzgebung bleibt nach dem dritten Abschnitte des EG. für zahlreiche Rechtseinrichtungen und Rechtsverhältnisse, welche dem Sachenrecht angehören, im dritten Buche aber übergangen sind, auch fernerhin zuständig, z. B. für das Privatfürstenrecht, das Recht der Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter sowie der Rentengüter, das Erbpachtrecht, das Anerbenrecht, das Wasserrecht, das Deich- und Sielrecht, das Bergrecht, das Jagd- und Fischereirecht (s. EG. Art. 57—69), für die Vorschriften über Regalien, über Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen (EG. Art. 73 f.), über das Pfründenrecht (Art. 80), über Waldgenossenschaften (Art. 83), über gesetzliche Hypothekentitel des Fiskus ꝛc. (Art. 91), für das Enteignungsrecht, für die Vorschriften über Bahneinheiten, über die Zusammenlegung von Grundstücken, die Gemeinheitsteilung u. ä., über die Unschädlichkeitszeugnisse ꝛc. ꝛc.

(s. EG. Art. 109—133, 141—143). Das BGB. kommt jedoch insoweit zur Anwendung, als das Landesrecht auf Vorschriften verweist, die durch das Gesetzbuch oder das Einführungsgesetz außer Kraft gesetzt werden (Art. 4).

g) Die Voraussetzungen, unter welchen ein sachenrechtliches Verhältnis nach ausländischem Rechte zu beurteilen ist, sind aus dem ersten Abschnitte des EG. zu entnehmen; Vorschriften, die unmittelbar auf das Sachenrecht sich beziehen, sind nur in den Art. 7 und 11 enthalten.

II. Dingliche Rechte.

1. Wenn hier die Rechte, welche das dritte Buch zuläßt, „dingliche" genannt werden, so hat dies den **Sprachgebrauch** für sich, der in der Literatur und Rechtsprechung ziemlich allgemein befolgt wird. Das BGB. redet jedoch nicht von dinglichen Rechten. Es hat für jedes dieser Rechte, wie S. 3 angedeutet wurde, einen eigenen Namen. Aber es hatte, da für dieselben gemeinsame Vorschriften grundsätzlich nicht aufgestellt werden, keine Veranlassung, einen Gesamtnamen einzuführen. Das Wort „dinglich" findet sich im dritten Buche überhaupt nicht. Im ersten Buche ist es unter § 221 dem Worte „Anspruch" beigefügt, um auszudrücken, daß die Bestimmung, welche an dieser Stelle für die Verjährung getroffen wird, nur auf Ansprüche berechnet ist, die aus einem dinglichen Rechte sich ergeben. Kommt es darauf an, bei einem solchen Rechte zugleich die Sache zu bezeichnen, auf welche dasselbe sich bezieht, so wird an zahlreichen Stellen diese Bezeichnung mit der Präposition „an" dem Namen des Rechtes hinzugesetzt, z. B. „Eigentum an einem Grundstücke" (§§ 873, 925, 928; s. auch §§ 915, 929, 949, 955, 958, 964, 976), „Nießbrauch an Sachen" (Überschrift vor § 1030, § 1068 Abs. 2; s. auch §§ 1031—1033, 1055, 1062 bis 1064, 1066), „Hypothek an mehreren Grundstücken" (§ 1132; s. auch §§ 1172 bis 1174), „Pfandrecht an beweglichen Sachen" (Überschrift vor § 1204, § 1273 Abs. 2; s. auch §§ 1222, 1242, 1258 f.). Bisweilen werden die betreffenden Sachen auch als Gegenstand eines Rechtes bezeichnet (vgl. z. B. §§ 1038, 1044, 1048, 1067, 1081). Vorschriften, die auf alle Rechte an Sachen sich beziehen, sind bei dem Systeme des dritten Buches nur selten; in dem § 955 Abs. 1 Satz 2 und dem § 1042 Satz 2 wird diese Beziehung durch den allgemeinen Ausdruck „Recht an der Sache" angedeutet. Zur Bezeichnung einzelner Kategorieen dienen u. a. folgende Ausdrücke: Recht „an einer fremden Sache" (§ 954), „an einem fremden Grundstücke" (§§ 889, 901), „Rechte, mit denen ein Grundstück (eine Sache) belastet ist" (§§ 879, 936, 1208, vgl. § 876), „die an der Sache begründeten Rechte Dritter" (§ 945), ferner nach Erwähnung des Eigentums „die sonstigen an der Sache bestehenden Rechte" (§ 949), „die an dem Stoffe bestehenden Rechte" (§ 950), „die sonstigen Rechte an der Sache" (§§ 973 f.).

Nach der Ausdrucksweise des BGB. würde man demnach von „Rechten an Sachen" und nicht von „dinglichen Rechten" sprechen müssen. Da jedoch das BGB. den letzteren Ausdruck nicht in einem anderen Sinne, sondern überhaupt nicht gebraucht, ist es unbedenklich, dem bisherigen Sprachgebrauche zu folgen und auch künftig die Rechte an Sachen als dingliche Rechte zu bezeichnen. Dagegen ist es mit Rücksicht auf die allgemeine Übung, welche beide Ausdrücke als identisch betrachtet, nicht zu empfehlen, mit Cosack (§ 170 Nr. I 2) und vor allem mit Fuchs (Grundbuchr. S. 36, Gruch. 46 S. 549 ff.) den Begriff „dingliche Rechte" als den weiteren anzusehen und ihm außer den Rechten an Sachen auch die Miete und die Pacht an Grundstücken, das Recht der Nutznießung des Ehemanns und des elterlichen Gewalthabers, die Vormerkungen u. ä. zu unterstellen, zumal dies zu der irrtümlichen Ansicht Veranlassung geben könnte, daß die erwähnten Rechte allgemein den sachenrechtlichen Vorschriften unterworfen seien.

2. **Der Grundsatz der Vertragsfreiheit**, der für das Recht der Schuldverhältnisse maßgebend ist, **gilt für das Sachenrecht nicht** (P. I S. 3625; RG. 20 S. A 91, 206, 308, 21 S. A 310, 22 S. A 152 ꝛc.). Das dritte Buch befolgt das entgegengesetzte Prinzip; es bestimmt die Rechte an Sachen mit zwingender Wirkung, so zwar, daß die Privatwillkür nur insoweit eingreifen kann, als das Gesetz auf sie verweist. Das Prinzip betätigt sich nach zwei Richtungen:

a) **Die Zahl der dinglichen Rechte ist gesetzlich begrenzt** (RG. 48 S. 63, 51 S. 86; KG. a. a. O.; CBl. f. FG. 4 S. 36). In dem dritten Buche wird nach Abhandlung des Eigentums jeder folgende Abschnitt oder Titel, der einem anderen Rechte an einer Sache bezw. an einem Grundstück oder an einer beweglichen Sache gewidmet ist, mit einer Vorschrift eingeleitet, welche die Zulässigkeit des Rechtes ausspricht. (§§ 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1199, 1204.) Diese Aussprüche haben die Bedeutung, daß andere als die für zulässig erklärten Rechte (natürlich unbeschadet der Vorbehalte des EG.) an einer Sache nicht begründet werden können.

Bisher galt in großen Gebieten des Reichs ein anderer Grundsatz. Nach dem preuß. ALR. konnte jedes persönliche Recht, welches sich auf eine bestimmte Sache bezog, dadurch dinglich werden, daß die Sache dem Berechtigten übergeben oder, wenn es sich um ein Grundstück handelte, das Recht in das Hypothekenbuch eingetragen wurde. Es hing dies zusammen mit der ehemals in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis weit verbreiteten Lehre vom „Recht zur Sache", nach welcher bei der Erwerbung dinglicher Rechte zwei Momente in Betracht kamen, der Titel, welcher das Recht zur Sache darstellte, und die Erwerbungsart (modus), durch welches dieses Recht in ein „Recht auf die Sache" (jus in re) überging. (ALR. I Tit. 2 §§ 131—135, Tit. 4 §§ 16—19, Tit. 9 §§ 1—6, Tit. 10 §§ 1, 2, 25, Tit. 19 §§ 5 ff., Tit. 21 §§ 2—6.) Der code civil geht noch weiter, indem er schon durch den obligatorischen Vertrag, der auf das Geben einer Sache gerichtet ist, das Eigentum von dem Veräußerer auf den Erwerber übergehen läßt. Aus der heutigen Wissenschaft des gemeinen Rechtes ist jene ältere Lehre verschwunden, und die neuere Gesetzgebung, namentlich das sächs. BGB. und in Ansehung der unbeweglichen Sachen auch das preuß. Ges. über den Eigentumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 §§ 4, 15, hat sie ebenfalls abgelehnt.

Die Vorstellung eines Rechtes zur Sache als einer Vorstufe zum Rechte an der Sache trägt dem begrifflichen Gegensatze zwischen dinglichem und persönlichem Rechte keine Rechnung; sie ist geeignet, die Abgrenzung des einen Gebiets gegen das andere zu verdunkeln, die Einsicht in das Wesen der Rechtsverhältnisse zu erschweren, die richtige Anwendung des Gesetzes in Frage zu stellen und so die Sicherheit im Rechtsverkehre zu gefährden. Der Titel zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes ist an sich nichts anderes als der persönliche Anspruch auf Einräumung desselben, er gehört daher nicht dem Sachenrecht an (Mot. III S. 1, 3).

Das BGB. hat sich von jeder Vermengung obligationenrechtlicher und sachenrechtlicher Vorschriften ferngehalten; es hat das Sachenrecht völlig selbständig gegenüber dem Rechte der Schuldverhältnisse geordnet. Dies schließt natürlich nicht aus, daß auf Rechtsverhältnisse, die an sich dem dritten Buche angehören, aber in demselben nicht erschöpfend geregelt sind, Vorschriften des zweiten Buches aushilfsweise zur Anwendung zu bringen sind (P. II Bd. 1 S. 312).

b) **Der Inhalt der dinglichen Rechte unterliegt grundsätzlich nicht der Parteivereinbarung** (RG. a. a. O., RG. 25 S. A 290). Er ist für jedes einzelne Recht durch das Gesetz begrenzt und im allgemeinen bestimmt. Innerhalb der gezogenen Grenzen läßt das dritte Buch der Privatwillkür insoweit Raum, als die Bedürfnisse des geschäftlichen Lebens es verlangen und die Rücksicht auf die Rechtssicherheit es gestattet.

An dem Inhalte des **Eigentums** können die Beteiligten unmittelbar nichts ändern. Mittelbar kann jedoch auf rechtsgeschäftlichem Wege eine **Einschränkung** der Befugnisse des Eigentümers, die der erste und der vierte Titel des dritten Abschnitts normiert, dadurch herbeigeführt werden, daß die Sache nach Maßgabe des vierten bis neunten Abschnitts mit einem Rechte belastet wird (§ 903); ein solches Recht schließt, soweit sein Inhalt reicht, die Ausübung des Eigentums aus. Einer **Erweiterung** ist nur das Eigentum an einem Grundstücke fähig, und zwar dadurch, daß mit ihm ein anderes Recht verbunden wird (§ 96); Rechte, die das BGB. nur in dieser Verbindung kennt, sind die Grunddienstbarkeiten nach § 1018 und die Rente, welche nach § 913 für den Überbau und nach § 917 Abs. 2 Satz 2 für den Notweg zu entrichten ist; Rechte, die bei ihrer Begründung eine solche Verbindung eingehen **können**, sind das Vorkaufsrecht nach § 1094 Abs. 2 und die Reallasten nach § 1105 Abs. 2 (vgl. §§ 1103, 1111).

Auf die Gestaltung des **Erbbaurechts** haben die Beteiligten, von der in dem § 1013 gestatteten Erweiterung des Rechtes abgesehen, nach den §§ 1012, 1017 nicht mehr Einfluß als auf die Gestaltung des Eigentums. Der Inhalt des **Nießbrauchs** ist durch den § 1030 in der Weise festgelegt, daß derselbe nur durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden kann.

Die **Grunddienstbarkeiten** und die **beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten** sowie die **Reallasten** empfangen nach Maßgabe der §§ 1018, 1090, 1093, 1105 ihren besonderen Inhalt aus dem Rechtsgeschäfte, welches zu ihrer Begründung erforderlich ist. Auch für das **Vorkaufsrecht** werden in den §§ 1094, 1097, 1098 den Beteiligten weitgehende Zugeständnisse gemacht. Bei der **Hypothek** hängt der Umfang des Gläubigerrechts nach § 1113 von der Forderung ab. Der Geldbetrag, der aus dem Grundstücke zu zahlen ist, wird nicht bloß für die Hypothek gemäß § 1115, sondern auch für die **Grundschuld** und die **Rentenschuld** nach den §§ 1191 f., 1199 in der Hauptsache durch Rechtsgeschäft bestimmt (vgl. § 1118). Das **Pfandrecht** kennzeichnet sich durch seine Abhängigkeit von der Forderung; durch Rechtsgeschäft kann ihm nach § 1213 auch der Inhalt gegeben werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, die Nutzungen der ihm verpfändeten Sache zu ziehen.

3. Die heutige Pandektenlehre pflegt **das Wesen der Dinglichkeit** darin zu setzen, daß der Berechtigte befugt ist, seinen Willen **unmittelbar an der Sache** zu betätigen, und zwar der Eigentümer in allen Beziehungen, die mit der Rechtsordnung vereinbar sind, jeder andere in der Beziehung, die dem Inhalte seines Rechtes entspricht — im Gegensatze zu den obligatorischen Rechten, welche nur die **Verpflichtung einer bestimmten Person** zu der dem Berechtigten gebührenden Leistung zum Gegensatze haben (vgl. Windscheid-Kipp I § 38; a. M. z. B. Fuchs, Grundbuchr. S. 27 ff. und in Gruch. 46 S. 549 ff.).

Daß in diesem Sinne auch nach dem BGB. das **Eigentum**, das **Erbbaurecht**, die **Dienstbarkeiten** und das **Pfandrecht** dingliche Rechte sind, erscheint nicht zweifelhaft. Die übrigen Rechte freilich, welche das dritte Buch an Grundstücken zuläßt (**Vorkaufsrecht**, **Reallasten**, **Hypothek**, **Grundschuld** und **Rentenschuld**), sind in Konsequenz der Entwickelung, die sie unter dem Einflusse deutscher Rechtsanschauungen in der Landesgesetzgebung gefunden haben, so geordnet, daß sie die Befugnis zu **körperlicher** Einwirkung auf die Sache **nicht** gewähren. Aber sie unterscheiden sich doch wesentlich dadurch von den obligatorischen Rechten, daß sie, gleichwie das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten und das Pfandrecht, ihren Gegenstand unmittelbar ergreifen, nach der Redeweise des BGB. **belasten** (§§ 873 f., 879 ff., 914, 1009, 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1199), hierdurch aber, soweit der Zweck des Rechtes es erfordert, die Sache in das Vermögen und folglich in die Gewalt des Berechtigten bringen, so zwar, daß die Sache selbst das Mittel bildet, durch welches das Recht verwirklicht werden kann.

Daß die Verwirklichung nicht, wie bei der römischen Hypothek, von dem Berechtigten, sondern auf dessen Anrufen von einer Behörde vorgenommen wird, ist nur nebensächlich. Auch das Ziel der Hypothek war nicht der Besitz, sondern der Verkauf der Sache, um aus dem Erlöse den Gläubiger zu befriedigen; des Besitzes bedurfte der Gläubiger nur, um die Sache dem Käufer übergeben zu können. Die Frage, ob ein Recht von dem Berechtigten unmittelbar oder im Interesse desselben von einem Organe der Staatsgewalt verwirklicht werden soll, ist für den Gesetzgeber nur eine Zweckmäßigkeitsfrage, von deren Entscheidung das Wesen des Rechtes kaum berührt wird. Für die dingliche Natur der Reallasten, der Hypothek, der Grundschuld und der Rentenschuld ist entscheidend, daß der Berechtigte die ihm gebührende Leistung aus dem Grundstücke verlangen und demgemäß die Zwangsvollstreckung in dasselbe gegen den jeweiligen Eigentümer ohne Rücksicht auf dessen persönliche Gläubiger und auf diejenigen betreiben kann, die nach ihm ein Recht an der Sache erlangt haben. Schwierigkeiten macht nur die Verdinglichung des Vorkaufsrechts als eines Rechtes auf den Erwerb des Grundstücks; aber sie sind nicht unüberwindlich, wenn man beachtet, daß auch dieses Recht sich dergestalt mit seinem Gegenstande verbindet, daß, wenn der Fall eintritt, der Erwerb gegen jedermann gesichert ist (§§ 1094, 1097 f.).

Der Hauptzweck, den die Gesetzgebung durch Zulassung von Rechten an einer fremden Sache verfolgt, ist der, daß die Sache insoweit, als sie von einem solchen Rechte ergriffen wird, nicht dem Eigentümer, sondern dem Berechtigten gehören, ihre rechtlichen Beziehungen ohne Zustimmung des Berechtigten zu dessen Nachteile nicht ändern soll. Soweit daher die Ausübung des Eigentums mit der Ausübung eines anderen Rechtes an der Sache nicht vereinbar ist, geht das letztere vor. Der Eigentümer muß das Recht dulden und sich jeder Einwirkung auf die Sache enthalten, durch welche dasselbe beeinträchtigt oder gefährdet werden könnte (§ 903, § 986 Abs. 1 Satz 1, § 1004 Abs. 2, §§ 1018, 1133 f.). Er kann über die Sache nur so, wie sie liegt, d. h. unbeschadet der vorhandenen Belastung verfügen; wenn daher mehrere Rechte Dritter an der Sache bestehen, so hat im allgemeinen das ältere den Rang vor dem jüngeren. Indessen ergeben sich hier mancherlei Besonderheiten daraus, daß das BGB. die Rechte an Grundstücken nach dem Grundbuchsysteme mit dem Eintragungsprinzip und dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs geregelt und für den Erwerb von Rechten an beweglichen Sachen dem guten Glauben des Erwerbers einen weitgehenden Einfluß zugestanden hat. Vgl. einstweilen die §§ 873 ff., 879 ff., 892 ff.; §§ 932 ff., 937, 945, 949 f., 955, 957, 964, 973, 1032, 1207 f.

Gemeinsam endlich ist diesen Rechten die volle Wirksamkeit im Konkurse. Wenn das Recht die Sache selbst ergreift, so folgt hieraus ohne weiteres, daß es von der Vermögenslage des Eigentümers unberührt bleibt, ganz abgesehen davon, daß Rechte wie die Hypothek und das Pfandrecht gerade den Zweck haben, den Gläubiger gegen die Folgen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sicher zu stellen. Das BGB. geht erkennbar davon aus, daß die an einer Sache des Gemeinschuldners bestehenden Rechte sich des Konkurses ungeachtet an der Sache betätigen können. Nur für das dingliche Vorkaufsrecht hat es in dem § 1098 Abs. 1 Satz 2 eine dem § 883 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Bestimmung getroffen, aber nur deshalb, weil sonst nach Satz 1 die entgegengesetzte Vorschrift des § 512 auch hier gelten würde. Die abgesonderte Befriedigung derjenigen, welchen ein Recht auf Befriedigung aus Gegenständen des Gemeinschuldners zusteht, wird in der KO. §§ 47 ff. vorgeschrieben.

4. Während die obligatorischen Rechte zu den relativen Rechten zu zählen sind (Bd. I S. 52), haben die dinglichen Rechte **absolute Wirkung**. Das obligatorische Recht richtet sich naturgemäß nur gegen den mit seiner Entstehung gegebenen Verpflichteten. Nur dieser kann es verletzen; nur gegen ihn bedarf der Berechtigte unter Umständen des staatlichen Schutzes. Ein absoluter Rechtsschutz liegt nicht in der

Tragweite des Schuldverhältnisses. Das Gesetz wird daher einen solchen nur ausnahmsweise gewähren. Mit den dinglichen Rechten steht es gerade umgekehrt. Wenn die Sache, soweit der Inhalt eines solchen Rechtes reicht, sich im Vermögen des Berechtigten befindet, so darf dieser billigerweise von der Rechtsordnung verlangen, daß er gegen rechtswidrige Einwirkungen Dritter auf die Sache geschützt werde, gleichviel von wem die Einwirkung ausgeht. Der Kreis derjenigen aber, welche in dieser Weise das Recht verletzen können, ist an sich unbegrenzt. Das BGB. gewährt deshalb dem Berechtigten Schutz gegen jeden, der das Recht beeinträchtigt, durch einen dem Inhalte des Rechtes entsprechenden Anspruch (nach näherer Bestimmung der §§ 894—896, 985—1007, 1017, 1027, 1065, § 1090 Abs. 2, § 1098 Abs. 2, § 1107, § 1134 Abs. 1, §§ 1192, 1199, 1227).

Diese absolute Wirkung der dinglichen Rechte fällt aber nicht notwendig mit dem Begriffe der Dinglichkeit zusammen. Denn einerseits versagt ein solches Recht mitunter die Wirkung gegen einen Dritten, der von einem Nichtberechtigten auf Grund seines guten Glaubens oder des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ein entgegenstehendes Recht an der Sache erwirbt, andererseits gibt es eine Reihe von Rechten, die nicht dinglich sind und gleichwohl absolute Wirkung haben, wie das Namenrecht (§ 12) und gewisse Vermögensrechte, die durch Eingehung einer Ehe oder durch Verwandtschaft begründet werden.

III. Grundsätze für den rechtsgeschäftlichen Erwerb von dinglichen Rechten.

1. Übergabe der Sache und Eintragung in das Grundbuch.

1. Vom rein logischen Standpunkte mag es zur Veräußerung einer Sache sowie zur Bestellung und Übertragung oder Belastung eines Rechtes an derselben als genügend angesehen werden, wenn der Berechtigte seinen auf die Rechtsänderung gerichteten Willen dem anderen Teile erklärt und dieser die Zuwendung annimmt. Die Bedürfnisse des Verkehrs aber werden hierdurch nicht befriedigt. Die Rücksicht auf die Rechtssicherheit verlangt vielmehr die Betätigung oder Bekräftigung des beiderseitigen Willens durch einen **äußeren Vorgang**, der sich scharf gegen die zwischen dem Berechtigten und dem anderen Teile bestehenden persönlichen Rechtsbeziehungen abhebt und auch sonst **geeignet ist**, nicht bloß den beiden Beteiligten die Vollziehung der Rechtsänderung zum klaren Bewußtsein zu bringen, sondern auch **dritten Personen die Änderung erkennbar zu machen.**

a) Nach römischem Rechte besteht dieser Vorgang in der Übergabe der Sache. Aber das Traditionsprinzip ist nur für die Eigentumsübertragung sowie für die Begründung und Übertragung der Superfizies und des Emphyteuse durchgeführt; für die Dienstbarkeiten ist es bestritten, und das wichtigste Recht an fremder Sache, die Hypothek, ist ihm nicht unterworfen. In Deutschland hatte, als das römische Recht Fuß faßte, die Einrichtung öffentlicher Bücher für den Grundbesitz bereits soweit sich entwickelt, daß in zahlreichen Gebieten die Übergabe nur die Veräußerung und Belastung beweglicher Sachen vermittelte, für den Grundstücksverkehr dagegen in dieser Funktion durch die Eintragung in das öffentliche Buch ersetzt wurde. Diese Entwickelung war indessen nicht stark genug, um dem fremden Rechte gegenüber sich behaupten zu können. Nur vereinzelt, namentlich in den Statuten der Hansestädte, lebten ihre Ergebnisse fort.

b) Erst die neueren Partikularrechte kehrten zu den Grundsätzen des alten deutschen Rechtes zurück. Vor allem war es die preußische Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts, die gründliche Reformen anbahnte. Das ALR. bezeichnet für den rechtsgeschäftlichen

Erwerb von dinglichen Rechten die Übergabe der Sache als allgemeine Erwerbungsart und führt diesen Grundsatz in Ansehung der beweglichen Sachen vollständig durch, während es ihn für die unbeweglichen hauptsächlich dadurch modifiziert, daß es die Hypothek und das dingliche Vorkaufsrecht nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch entstehen läßt und bezüglich gewisser Nutzungsrechte der Übergabe die Eintragung gleichstellt (ALR. I Tit. 2 § 135, Tit. 9 §§ 1, 3, 6, Tit. 10 § 1, Tit. 20 §§ 6 bis 10, 570, Tit. 21 §§ 1 ff., Tit. 22 §§ 13 ff.). Im 19. Jahrhundert nahmen auch andere Staaten (s. M. III S. 14) das Pfandbuchsystem an, d. h. sie machten die Entstehung der Hypotheken von der Eintragung in die Hypothekenbücher abhängig; in einigen Staaten wurde hiermit eine Reform des Pfandrechts an beweglichen Sachen verbunden. Später gingen zahlreiche Staaten zum Grundbuchsystem über, d. h. die Bücher erhielten die Bestimmung, nicht bloß die Belastung der Grundstücke mit Hypotheken, sondern vor allem die Grundstücke selbst und das Eigentum an ihnen, bisweilen außer den Hypotheken auch noch Reallasten und Dienstbarkeiten nachzuweisen. Näheres in den M. III S. 9 ff. Obwohl das in umfangreichen Gebieten Deutschlands zur Einführung gelangte französische Recht sich dieser Richtung nicht angeschlossen hatte, da es von der Eintragung in die Register nicht die Übertragung des Eigentums und die Entstehung der dinglichen Rechte, sondern nur gewisse Wirkungen dieser Rechte gegen Dritte abhängig machte (sog. Transkriptions- und Inskriptionssystem, vgl. M. III S. 12 f., 17 f.), galt dennoch zur Zeit des Erlasses des BGB. in dem größten Teile des Reichs und in den meisten Bundesstaaten die gesetzliche Regel, daß zur Übertragung des Eigentums und zur Bestellung einer Hypothek oder einer Grundschuld an einem Grundstücke die Eintragung erforderlich ist. Auf die übrigen Rechte wird das Eintragungsprinzip sehr ungleichmäßig angewendet, so zwar, daß jedes einzelne derselben nach einigen Gesetzen eingetragen wird, nach anderen nicht (M. III S. 162 ff.).

c) Unter den Rechten an beweglichen Sachen hatte das Pfandrecht in denjenigen Gebieten, in welchen es durch bloßen Vertrag begründet werden konnte, sich als besonders reformbedürftig erwiesen. Wo deshalb die Landesgesetzgebung tätig wurde, war sie darauf bedacht, das vertragsmäßige Pfandrecht als Faustpfand zu regeln, d. h. die dingliche Wirksamkeit der Verpfändung von der Übergabe der Sache an den Gläubiger bezw. von dem Besitze desselben abhängig zu machen. Nachdem dann die KO. v. 10. Febr. 1877 in Verbindung mit dem EG. § 14 die Geltendmachung des Vertragspfandes im Konkurse auf die Fälle des Faustpfandes beschränkt hatte, ist das Faustpfandprinzip auch in denjenigen Staaten, in welchen bis dahin die Pfandbestellung ohne Übergabe wirksam war, durch die Ausführungsgesetze zur KO. angenommen worden (vgl. M. III S. 333, 495, 796, 800).

2. Der angedeuteten Rechtsentwickelung gegenüber hat das **BGB.** seine Aufgabe dadurch gelöst, daß es den rechtsgeschäftlichen Erwerb bezüglich der beweglichen Sachen von der **Übergabe**, bezüglich der Grundstücke von der **Eintragung** abhängig macht. An diesem Standpunkte wird überall festgehalten, wo nicht die Rücksicht auf die Natur des Rechtes bezw. des Rechtsverhältnisses zu einer Abweichung nötigt.

a) **Was die beweglichen Sachen** anlangt, so ist zur Übertragung des Eigentums nach § 929 erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt. Dasselbe Erfordernis wird für die Bestellung des Nießbrauchs in dem § 1032, für die Bestellung des Pfandrechts in dem § 1205 vorgeschrieben; Übertragung und Belastung kommen hier nicht in Betracht, weil der Nießbrauch an die Person des Nießbrauchers gebunden ist (§ 1059) und das Pfandrecht infolge seiner Abhängigkeit von der Forderung (§§ 1204, 1252) kraft des Gesetzes von der Übertragung und Belastung der Forderung mitergriffen wird (§ 1250).

Die Modifikationen, welche das Traditionsprinzip durch besondere Vorschriften, namentlich durch § 926, § 929 Satz 2, §§ 930 f., 1031, § 1032 Abs. 1 Satz 2,

§§ 1096, 1120, § 1205 Abs. 1 Satz 2 und §§ 1206, 1260, erleidet, werden soweit nötig bei der Erläuterung dieser Paragraphen zur Erörterung gelangen.

Hier ist nur noch hervorzuheben, daß die Beteiligten durch das Erfordernis der Übergabe volle Klarheit darüber erhalten, daß sie mit diesem Akte aus dem Rahmen persönlicher Rechtsbeziehungen heraustreten und die Rechtsänderung, welche sie bezwecken, endgültig vollziehen. Insoweit erfüllt demnach das Traditionsprinzip die Anforderung, welche oben S. 10 an den äußeren Vorgang gestellt ist, in dem die sachenrechtlichen Verfügungen sich betätigen sollen.

b) Anders verhält es sich, wenn **ein Grundstück oder ein Recht an einem solchen** den Gegenstand der Verfügung bildet. Die Übergabe versagt hier überhaupt den Dienst, wenn das Recht, welches begründet, übertragen oder belastet werden soll, gar nicht den Inhalt hat, daß dem Berechtigten eine tatsächliche Gewalt über das Grundstück zusteht, also namentlich in betreff der Reallasten, Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, aber auch hinsichtlich des Vorkaufsrechts, da, solange der Fall nicht eintritt, der Berechtigte nicht zum Besitze befugt ist; für die Grunddienstbarkeiten endlich würde die Tradition nur in einem sehr uneigentlichen Sinne sich als Begründungsakt verwerten lassen. Was dagegen die übrigen Rechte an Grundstücken anlangt, so hat, mindestens für die Übertragung des Eigentums, das Traditionsprinzip sich nicht zu bewähren vermocht, weil die Übergabe eines Grundstücks, namentlich eines offenen Grundstücks, nicht ein in die Augen springender Akt ist, mitunter sogar von den Beteiligten überhaupt nicht tatsächlich vollzogen, sondern nur in der Vertragsurkunde als erfolgt bezeichnet wird, ihre Bedeutung für die Rechtsänderung daher sehr oft den Beteiligten nicht zum Bewußtsein kommt. Mit der Bestellung des Nießbrauchs steht es ähnlich wie mit der Eigentumsübertragung, während für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten der Begründungsakt nicht wohl anders geordnet werden kann als für den Nießbrauch oder die Grunddienstbarkeiten. Bei dem Wohnungsrecht und dem Erbbaurechte mag freilich die Übergabe schärfer in die Erscheinung treten. Aber es wäre vom Standpunkte des Gesetzgebers kaum gerechtfertigt, wegen dieser Rechte das dritte Buch mit kasuistischen Vorschriften zu beschweren.

Bei allen Rechten an Grundstücken wird die Funktion, welche im Gebiete der beweglichen Sachen für den Rechtserwerb der Übergabe zukommt, weit besser von der Eintragung in das Grundbuch versehen. Die Eintragung leidet freilich für diese Funktion an der Schwäche, daß sie nicht von den Beteiligten bewirkt wird, sondern von der Behörde, welcher die Führung des Grundbuchs obliegt. Allein die Schwäche wird kaum empfunden, weil die Beteiligten, wenn auch der Zeitpunkt der Rechtsänderung ihrer Bestimmung entzogen ist, doch der Buchbehörde die Voraussetzungen der Eintragung beschaffen müssen, hierbei aber notwendig sich darüber klar werden, daß sie an einem dinglichen Vorgange mitwirken. Für die Erkennbarkeit der Rechte leistet die Eintragung zweifellos mehr als die Übergabe, weil sie kein blos vorübergehender Akt ist, sondern im Grundbuche haften bleibt, mithin regelmäßig jedem, der das Buch einsieht, Aufschluß über die Rechte gibt, die an einem bestimmten Grundstücke bestehen.

Das BGB. hat in Konsequenz des ihm eigenen Grundbuchsystems, unter Vermeidung jeder Kasuistik, **das Eintragungsprinzip auf alle Rechte am Grund und Boden angewendet**, indem es die rechtsgeschäftliche Begründung, Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhalts- und Rangänderung dieser Rechte von der Eintragung in das Grundbuch abhängig macht (§§ 873, 875, 877, 880). Freilich unterliegt auch dieses Prinzip gewissen Einschränkungen; allein auch hierauf ist um so weniger Gewicht zu legen, als die Ausnahmefälle so geordnet sind, daß sie die wohltätigen Wirkungen des Grundsatzes nicht beeinträchtigen.

3. Nach dem BGB. bewirkt weder die Übergabe der beweglichen Sache noch die Eintragung in das Grundbuch für sich allein die Rechtsänderung, die von den

Beteiligten auf rechtsgeschäftlichem Wege herbeigeführt wird; die Rechtsänderung tritt nur ein, wenn **auch dem Erfordernisse des Rechtsgeschäfts genügt** ist (§§ 873, 875, 877, 889, 929, 1032, 1205).

a) Die **Übergabe** ist an sich nur eine Tatsache, an welche sich der Erwerb des Besitzes knüpft; einen Rechtserwerb vermag sie nur zu vermitteln, wenn die Rechtsänderung von dem Geber und dem Nehmer der Sache beabsichtigt und diese Absicht erkennbar wird. Nach dem bisherigen Rechte besteht hierüber kein Zweifel; verschieden sind nur die Anforderungen, welche an den Inhalt des Rechtsgeschäfts gestellt werden.

b) Die **Eintragung** hat, was den Rechtserwerb anlangt, für ihr Gebiet dieselbe Bedeutung wie die Übergabe einer beweglichen Sache; sie ist nur ein Erfordernis, welches den rechtsgeschäftlichen Erklärungen hinzutreten muß, um mit diesen den dinglichen Erfolg hervorzubringen. In solcher Weise ist das Verhältnis in den meisten Bundesstaaten, in welchen das Eintragungsprinzip gilt, gesetzlich geregelt.

In einigen Staaten (s. M. III S. 137 ff.) indessen hat die Gesetzgebung die Bedeutung der Eintragung dergestalt gesteigert, daß sie dem Inhalte des Grundbuchs **formale Rechtskraft** wie einem richterlichen Urteile beilegt. Vermöge dieses Grundsatzes entscheidet darüber, ob und welche Rechte an einem Grundstücke bestehen, der Buchinhalt ohne Rücksicht auf die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Beteiligten. Der Grundsatz läuft darauf hinaus: Was in dem Buche steht, ist Recht, weil es darin steht.

Das BGB. hat diesen Grundsatz nicht übernommen. Er ist allerdings geeignet, die Rechtsverhältnisse des Grundbesitzes auf eine feste Grundlage zu stellen, namentlich jedem Zwiespalte zwischen dem Buche und der wirklichen Rechtslage vorzubeugen und zu einer ungemein einfachen (weil gleichmäßigen) Gestaltung aller Erwerbsarten zu führen. Aber der Preis, um den diese Vorteile erreicht werden, ist zu hoch. Daß auch der Betrüger, der Fälscher ꝛc., wenn er eine formgerechte Eintragung erwirkt, hierdurch zum Rechtserwerbe gelangen, der Verletzte dagegen nur einen persönlichen, im Konkurse des Eingetragenen versagenden Anspruch auf Bewilligung einer die Rechtsverletzung beseitigenden Eintragung haben soll, erscheint unbillig.

Die Verteidiger der formalen Rechtskraft versichern freilich, daß dieselbe in der Konsequenz des Publizitätsprinzips liege. Aber hiermit ist kaum etwas erklärt. Denn das Publizitätsprinzip ist eine positive Schöpfung, deren Inhalt nach dem Verkehrsbedürfnisse bestimmt werden muß. Dieses Bedürfnis aber verlangt nicht, daß die Eintragungen, weil sie in dem Grundbuche stehen, als richtig fingiert werden, sondern nur, daß sie zu Gunsten eines redlichen Erwerbers als richtig gelten müssen, weil dieser sonst in seinem berechtigten Vertrauen auf das Buch getäuscht werden könnte. Wie einer solchen Täuschung begegnet werden kann, ohne daß den Eintragungen formale Rechtskraft beigelegt wird, bleibt späterer Erwägung vorbehalten.

2. Rechtliche Natur der dinglichen Rechtsgeschäfte.

1. **Die dinglichen Rechtsgeschäfte sind teils zweiseitige, teils einseitige.** Zur Übertragung des Eigentums, zur Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an einer beweglichen Sache, zur Begründung, Übertragung, Belastung, Inhalts- und Rangänderung der Rechte an Grundstücken wird eine Einigung zwischen den Beteiligten gefordert (§§ 873, 877, 880, 929, 1032, 1205). Dagegen genügt zur Aufhebung der dinglichen Rechte an Grundstücken und an beweglichen Sachen in der Regel eine empfangsbedürftige einseitige Erklärung des Berechtigten (§§ 875, 928, 959, 1064, 1255). Zu der Einigung oder der einseitigen Erklärung muß ferner unter Umständen die empfangsbedürftige einseitige Zustimmungserklärung Dritter

hinzukommen, um die Rechtsänderung herbeizuführen (s. z. B. §§ 876 f., 880, 1183, 1255).

2. Die dinglichen Rechtsgeschäfte sind **abstrakte Rechtsgeschäfte**, wie Bd. I S. 184 Vorbm. IX 2 bereits erwähnt. Dem dort Gesagten ist das Folgende hinzuzufügen.

Auch die Rechtsänderungen, um welche es sich hier handelt, werden nicht um ihrer selbst willen vorgenommen, sondern zu einem bestimmten Zwecke, der durch sie erreicht werden soll. Ein verständiger Mann wird weder eine ihm gehörende Sache noch ein Recht, welches ihm an einer fremden Sache zusteht, veräußern oder belasten, ohne damit einen solchen Zweck zu verfolgen. Der Regel nach ist der Zweck einer Rechtsänderung in einem besonderen Rechtsgrunde zu suchen, der Rechtsgrund (causa) in einem obligatorischen Vertrage (Kausalgeschäft) enthalten. Er kann in der Vergangenheit, der Gegenwart oder der Zukunft liegen. Er liegt in der Vergangenheit, wenn derjenige, welcher dinglich verfügt, hierdurch eine Verbindlichkeit erfüllen will; in der Gegenwart, wenn die Errichtung des obligatorischen Vertrags mit dessen Erfüllung zeitlich zusammenfällt, also namentlich bei Schenkungen, die ohne Versprechen durch Hingabe der Sache vollzogen werden, und bei den zahllosen Käufen, bei im täglichen Verkehre dadurch zustande kommen und sich erledigen, daß der Verkäufer gegen Empfangnahme des von ihm bezeichneten Preises die Sache dem Käufer einhändigt; in der Zukunft, wenn jemand durch die Übergabe oder die Eintragung den anderen Teil oder einen Dritten zu einer Gegenleistung bestimmen will.

Dieser ursächliche Zusammenhang zwischen der Rechtsänderung und dem Grunde derselben läßt es erklärlich erscheinen, daß das preußische ALR. im Anschluß an eine ältere gemeinrechtliche Theorie den Rechtserwerb von einem Titel des Erwerbers abhängig machte (oben S. 7) und daß ihm hierin die Gesetzgebung anderer Staaten, wenigstens für den von ihr geregelten Erwerb von Rechten an Grundstücken (Bayern, Hessen 2c.) gefolgt ist. Für das gemeine Recht gelangte inzwischen die Lehre zur Herrschaft, daß die quellenmäßige justa causa der Tradition nicht in einem Titel, sondern in der Tradition selbst zu suchen, diese daher als ein abstraktes, d. h. von den persönlichen Rechtsbeziehungen der Beteiligten unabhängiges Rechtsgeschäft aufzufassen sei. Diese Auffassung ist für den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen in das sächsische BGB. § 253 und den bayer. Entw. III Art. 93 übergegangen. Das preußische Ges. über den Eigentumserwerb 2c. v. 5. Mai 1872 §§ 1, 2 und die ihm nachgebildeten Gesetze anderer Staaten haben sie auch für die durch Eintragung und Auflassung sich vollziehende Übertragung des Eigentums an Grundstücken verwertet.

Das BGB. hat das Erfordernis des Titels nicht aufgenommen; das rechtsgeschäftliche Moment, welches nach ihm den Erwerb von Rechten an beweglichen Sachen und an Grundstücken vermittelt, besteht lediglich in der „Einigung“ des Verfügenden und des Erwerbers darüber, daß die Rechtsänderung eintreten soll (§ 873 Abs. 1, §§ 877, 929, § 1032 Satz 1, § 1205 Abs. 1). Diese Abstraktion der Rechtsänderung von den persönlichen Rechtsbeziehungen der Beteiligten war schon von der ersten Kommission der Gestaltung des Sachenrechts zu Grunde gelegt (E. I §§ 828, 874, 983, 1147) und ausführlich gerechtfertigt worden (P. I S. 3637 ff., 3991 ff.; M. III S. 138 ff., 158 f., 333, 495 f.). Die zweite Kommission trat ihr grundsätzlich bei (E. II § 794 Abs. 1, §§ 798, 842, 942, 1114), indem sie sich bezüglich der Grundstücke von der Erwägung leiten ließ, daß die Rücksicht auf die Rechtssicherheit nicht gestattete, den Rechtserwerb von dessen obligatorischer Grundlage abhängig zu machen, bezüglich der beweglichen Sachen vornehmlich auf die bisherige Rechtsentwickelung sich stützte (P. II Bd. 3 S. 53 f., 195). Die praktische Seite dieses Standpunkts zeigt sich darin, daß, wenn die Beteiligten sich in gültiger Weise über die Rechtsänderung geeinigt haben, das Fehlen eines gültigen Rechtsgrundes den Übergang des Rechtes auf den Erwerber nicht auszuschließen, für den Verletzten mithin

nur einen persönlichen Anspruch auf Restitution zu begründen vermag (P. II Bd. 3 S. 55; vgl. auch Bd. 2 S. 689 ff.).

Dies gilt entsprechend auch für die einseitigen Willenserklärungen des Sachenrechts, denn nicht nur die Einigung, sondern alle dinglichen Rechtsgeschäfte sind nach dem BGB. abstrakt. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Rechtsgrund als Bedingung in das Rechtsgeschäft aufgenommen worden ist; dies ist lediglich bei der Auflassung unzulässig, da der § 925 Abs. 2 eine unter einer Bedingung erfolgende Auflassung für unwirksam erklärt (über die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf die Übertragung des Erbbaurechts vgl. Erl. 3 zu § 1017). In diesem Sinne kann man mit Bruck (Die Einigung im Sachenrecht des BGB. 1900 S. 24 ff.) sagen, daß die Auflassung stets (notwendig) abstrakt sei, während die Einigung in allen übrigen Fällen nur abstrakt sein könne; indessen macht, wie Bd. I S. 185 Vorbm. IX 2 bereits hervorgehoben, die Angabe des Rechtsgrundes allein, ohne daß dieser zur Bedingung gesetzt ist, das dingliche Rechtsgeschäft nicht zu einem kausalen. (Vgl. hierüber auch Romeick in den Jahrb. der Württ. Rechtspfl. 12 S. 104 ff., andererseits Neubecker im Arch. f. Bürg. R. 22 S. 34 ff., insbesondere S. 67 ff.)

3. **Die Frage, ob die Einigung in dem BGB. als Vertrag bezeichnet werden sollte,** wurde von der ersten Kommission bejaht, von der zweiten verneint.

a) Die erste Kommission gründete ihre Entscheidung erkennbar auf die Windscheidsche Theorie vom dinglichen Vertrage. Während noch Puchta, obgleich er in seinen Institutionen § 241 die Abstraktion der Tradition von dem Kausalgeschäfte lehrte, hierbei nicht von einem Vertrage sprach, konstruierte sich Windscheid § 171 für das Eigentum einen besonderen Übertragungsvertrag, der in allen Fällen nicht bloß dieselbe Form, sondern auch denselben Inhalt erfordert; der Inhalt ist „der auf das Geben und Nehmen des Rechtes an der Sache gerichtete Wille," die Form, in welcher dieser Wille seinen Ausdruck finden muß, das „Geben und Nehmen des Körpers der Sache," die Übergabe. Gestützt auf diese Konstruktion war in der Redaktionsvorlage, auf Grund deren das Sachenrecht beraten wurde, unter § 132 der Satz vorgeschlagen: „Das Eigentum an einer beweglichen Sache wird im Falle der Übertragung erworben durch die in dieser Absicht erfolgte Übergabe der Sache von seiten des Eigentümers an den Erwerber." Die Kommission glaubte die Entscheidung darüber, ob die Übergabe als Form des dinglichen Vertrags aufzufassen wäre, der Wissenschaft überlassen zu müssen. Sie hielt es für genügend, „die Übergabe als ein notwendig präsentes Moment des dinglichen Vertrags zu bezeichnen." Während sie deshalb in sachlicher Hinsicht den Vorschlag des Redaktors billigte, beanstandete sie die Fassung, weil durch dieselbe nicht ausreichend klar gelegt würde, „daß gegenseitige, einen Vertrag darstellende Willenserklärungen vorliegen müßten" (P. I S. 3990 ff.). Die „Allg. Vorschriften über Rechte an Grundstücken" waren damals bereits durchberaten; auch hatte man im Rechte der Schuldverhältnisse nicht nur den Erlaß, sondern auch die Abtretung und die Schuldübernahme als abstrakte Verträge gestaltet (E. I §§ 290, 294, 314 ff.) und in den Protokollen den Erlaß als „dingliches Rechtsgeschäft", die Schuldübernahme als „dinglichen Vertrag" bezeichnet (P. I S. 1269, 1362, 1474). Zur Würdigung des sachenrechtlichen Vorschlags wurde bemerkt: „Die über die Zession und die Übertragung des Eigentums an Grundstücken gefaßten Beschlüsse führten mit Notwendigkeit dazu, auch die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden als die Wirkung eines dinglichen Vertrags anzusehen und zu behandeln. Dann aber sei es im Hinblick auf die abweichenden Ansichten in der Doktrin erforderlich, das Vertragsprinzip auch an der gegenwärtigen Stelle zum deutlichen Ausdruck im Gesetze zu bringen, damit die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Allgemeinen Teiles über Verträge auf den hier behandelten dinglichen Vertrag außer Zweifel gestellt werde" (P. I S. 3992). So erklärt es sich, daß im E. I unter § 874 bestimmt wurde:

„Zur Übertragung des Eigentumes an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber unter Übergabe der Sache zu schließender Vertrag erforderlich, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll."

Derselbe Gedanke wurde auch für die Gestaltung des Nießbrauchs und des Pfandrechts an beweglichen Sachen durchgeführt; die Verträge, die zur Begründung, Übertragung und Belastung des Nießbrauchs nach den §§ 983, 1011 und zur Begründung des Pfandrechts nach § 1147 errichtet werden sollten, haben den nämlichen Charakter wie der Eigentumsübertragungsvertrag des § 874.

Bei der Regelung des rechtsgeschäftlichen Erwerbes von Rechten an Grundstücken hatte die erste Kommission geglaubt, in der Auflassung des preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 § 2 einen gewissen Vorgang für die Vertragskonstruktion zu haben. Der Grund indessen, der dahin führte, den Vertrag in dem Gesetz als Erfordernis der Rechtsänderung zu bezeichnen, lag in der Erwägung, daß es bei der hohen Wichtigkeit des Grundsatzes und bei der Unklarheit, welche bezüglich desselben in der Gesetzgebung und der Wissenschaft bemerkbar sei, ratsam erscheine, mittels einer allgemeinen Bestimmung den Standpunkt des Entwurfes klarzustellen (P. I S. 3638 f.). Dabei bestand freilich kein Zweifel, daß die Eintragung in das Grundbuch nicht, wie die Übergabe einer beweglichen Sache in § 874, als ein präsentes Moment des Vertrags sich vollziehen, sondern demselben nur entweder nachfolgen oder vorangehen könnte. Auch hielt man es für zweckmäßig, als Inhalt des Vertrags nicht die unmittelbare Richtung des Willens auf die beabsichtigte Rechtsänderung, sondern die Eintragungsbewilligung und deren Annahme zu fordern. Im übrigen aber wurde das Vertragserfordernis ebenso deutlich ausgesprochen wie für das Mobilienrecht. Der E. I bestimmte unter § 828:

„Zur Übertragung des Eigentums, sowie zur Begründung, Übertragung oder Belastung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu schließender Vertrag und Eintragung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt.

Der Vertrag erfordert die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige, und die Annahme der Bewilligung von seiten des anderen Teiles."

b) In der Kritik des E. I stieß die in den §§ 828, 874 festgelegte Vertragstheorie auf lebhaften Widerspruch (Zstlg. III S. 5 ff., 84 ff., 91, 143, 153 f., VI S. 536 ff., 551 f., 557 f., 560 f.). Man machte namentlich geltend, daß die Kommission die Begriffe „Rechtssatz und Rechtsregel" (Bernhöft, Kauf rc. S. 5) miteinander verwechselt habe (Wendt); der Rechtssatz bestehe lediglich in dem Erfordernisse des Einverständnisses der Beteiligten über die Rechtsänderung, während es Aufgabe der Wissenschaft sei, zu untersuchen, ob die Abstraktion des Einverständnisses von dem Rechtsgrunde dazu nötige, die Rechtsregel aufzustellen, daß dasselbe die Natur eines besonderen Vertrags habe (Strohal, Leonhard rc.).

In der zweiten Kommission wurde bei der Beratung des § 828 die Konstruktionsfrage ausführlich erörtert (P. II Bd. 3 S. 56 ff.). Mitglieder, die auch der ersten Kommission angehört hatten, traten mit Entschiedenheit für den Standpunkt derselben ein; sie verlangten die Beibehaltung des Wortes „Vertrag" zur Kennzeichnung des Einverständnisses der Beteiligten, indem sie betonten, daß die erforderlichen Erklärungen nicht einseitige, sondern wechselseitige seien, daß daher ein Vertrag vorliege, der zweckmäßig als solcher auch in dem Gesetze zu bezeichnen sei. Die Mehrheit erachtete jedoch die gegen diese Bezeichnung vorgebrachten Bedenken für durchschlagend, indem sie erwog: „Es handele sich vorwiegend um eine Frage der juristischen Kon-

struktion, zu deren Entscheidung die Wissenschaft berufen sein werde. Gewisse Schwierigkeiten und die Möglichkeit von Mißverständnissen brächten nach dem, was vorgebracht sei, beide Arten der Ausdrucksweise mit sich. Dem Sprachgebrauche und den Anschauungen des Volkes entspreche es jedenfalls nicht, das hier in Rede stehende Rechtsverhältnis als Vertrag zu bezeichnen. Die Juristen würden unschwer erkennen, daß oder inwieweit auf die fraglichen Erklärungen die Grundsätze des Vertrags Anwendung zu finden hätten, wenn auch das Wort „Vertrag" im Gesetze nicht gebraucht sei" (P. II Bd. 3 S. 59).

Demgemäß wurde in dem § 828 und an anderen Stellen des E. I (z. B. §§ 841, 868, 962, 1106, 1107) das Vertragserfordernis durch das Erfordernis der Einigung ersetzt (E. II §§ 794, 801, 838, 925, 1025). Zwei weitere Änderungen bestanden darin, daß die vorgängige Eintragung des Berechtigten, der die Eintragung des Erwerbers zu bewilligen hat, nicht Erfordernis der Einigung sei, sondern nur der Ordnung halber in der GBO. vorgeschrieben werden solle und daß als Gegenstand der Einigung nicht die Eintragungsbewilligung und deren Annahme, sondern der Eintritt der Rechtsänderung in dem Gesetze zu bezeichnen sei (P. II Bd. 3 S. 54f.).

Bezüglich der Rechte an beweglichen Sachen wurden die entsprechenden Änderungen der §§ 874, 983, 1011, 1147 ohne Widerspruch beschlossen. Man beschloß namentlich, „in dem § 874 nicht hervorzuheben, daß zum Übergange des Eigentums neben dem obligatorischen Rechtsgeschäft und der Übergabe der Sache ein besonderer (dinglicher) Vertrag notwendig sei." Auch war man einverstanden, daß die erforderliche Willenseinigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber nicht „ausdrücklich erklärt werden müsse, daß namentlich eine solche Erklärung nicht notwendig bei der Übergabe abgegeben zu werden brauche." Was endlich „das Verhältnis der Übergabe zu der Willenseinigung" anlangt, „so beschloß man, zum Ausdrucke zu bringen, daß die Übergabe zu der Vereinbarung hinzukommen müsse; die Übergabe stelle nicht die Form dar, in welcher die Vereinbarung zu Tage trete, sondern sei ein selbständiges Erfordernis für den Eigentumsübergang" (P. II Bd. 3 S. 194f.). Diesen Beschlüssen entsprechen die Bestimmungen des E. II §§ 842, 942, 1114, mit denen, soweit es hier darauf ankommt, die Vorschriften des BGB. §§ 929, 1032, 1205 sich decken.

4. Die Abstraktion der Rechtsänderung von den persönlichen Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander ist nicht ein Postulat der Rechtskonsequenz, sondern eine positive Einrichtung, die das Gesetz getroffen hat, um dem sachenrechtlichen Verkehr eine feste Grundlage zu geben und mit deren Hilfe die wünschenswerte Sicherheit zu gewähren (P. I S. 1474; P. II Bd. 1 S. 463, Bd. 3 S. 53f., 195). **Der juristische Charakter** dieser Einrichtung, **der abstrakten Einigung**, ist nicht ganz leicht zu erkennen.

a) Die mit der gemeinrechtlichen Tradition bisweilen verbundene Vorstellung, daß es sich um zwei einseitige, aber auf dasselbe Ziel gerichtete Willenserklärungen handele, erledigt sich für das BGB. dadurch, daß die Rechtsänderung von einer Einigung der Beteiligten abhängig gemacht wird. Nimmt man deshalb mit der hier vertretenen herrschenden Meinung (s. Bd. I S. 259f. Vorbm. 2; vgl. RG. 22 S. A 146) an, daß diese Einigung ein Vertrag sei, so scheint es nahe zu liegen, zu dessen Erklärung auf den von Windscheid für das Eigentum konstruierten Übertragungsvertrag (oben S. 15) zurückzugreifen. Allein zu einem richtigen Verständnisse des BGB. würde man hierdurch nicht gelangen. Denn wenn auch die Einigung mit dem Windscheidschen Vertrage die Trennung von dem Rechtsgrunde gemein hat, so unterscheiden sich doch beide voneinander wesentlich dadurch, daß die Einigung nach dem BGB. ein Erfordernis der Rechtsänderung neben der Übergabe bezw. der Eintragung ist, wogegen Windscheid § 171 Note 3 die Vorstellung, daß die Tradition

etwas dem Vertrage Hinzukommendes sei, ausdrücklich abweist und die Tradition selbst als den Übertragungsvertrag hinstellt.

b) Zur Vereinfachung der weiteren Erörterung empfiehlt es sich, den dinglichen Vertrag zunächst nur für das Gebiet der beweglichen Sachen zu betrachten, und zwar vornehmlich für die Übertragung des Eigentums. Hier zeigt sich die eigenartige Erscheinung, daß diejenigen, um deren Angelegenheit es sich handelt, in der Regel nichts davon wissen, daß sie einen von ihren persönlichen Rechtsbeziehungen sich abhebenden Vertrag über den Eigentumsübergang errichten. Die Parteien sehen in den zahllosen Fällen, in welchen ein dem Rechte der Schuldverhältnisse angehörender Vertrag, namentlich ein Kauf, sofort durch Übergabe der Sache (und durch Zahlung des Preises) erfüllt wird, ein einheitliches Geschäft, dessen sachenrechtliche Seite ihnen nur insoweit zum Bewußtsein kommt, als sie nicht zweifeln, daß der Käufer die Sache mit der Übergabe erwirbt. Fallen dagegen Errichtung und Erfüllung des Vertrags zeitlich auseinander, so muß freilich die Vorstellung von der Einheitlichkeit des Geschäfts aufgegeben werden. Sachlich aber ist kaum ein Unterschied; nur daß die Beziehung der Übergabe auf den obligatorischen Vertrag etwas anders als im Falle der sofortigen Erfüllung desselben zum Ausdrucke gebracht wird. Eine abstrakte Erklärung des Inhalts, daß das Eigentum übergehen solle, pflegt von keiner Seite abgegeben zu werden (Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft ꝛc., in Iherings Jahrb. 27 S. 341). Es ist jedoch zweifellos, daß, wenn der Vertrag rechtsgültig geschlossen und erfüllt worden, auch das Eigentum übergegangen ist.

Ebenso gewiß aber ist es, daß das Eigentum auch dann übergehen kann, wenn der obligatorische Vertrag nichtig oder anfechtbar ist oder der bei der Übergabe vorausgesetzte Rechtsgrund fehlt oder nicht eintritt. In vielen Fällen wird zwar der Mangel des Rechtsgrundes auch die Übergabe ergreifen und unwirksam machen, so daß der Empfänger der Sache das Eigentum nicht erwirbt. In anderen Fällen aber bleibt die Übergabe von dem Mangel unberührt; der Empfänger wird Eigentümer und der Veräußerer hat gegen ihn nur einen persönlichen Anspruch aus der Bereicherung (§§ 812 ff.). Der juristische Gedanke hiervon ist der, daß das Sachenrecht die ihm angehörenden Rechtsgeschäfte selbständig, namentlich unabhängig von dem Rechte der Schuldverhältnisse, ordnet und demgemäß die Rechtsänderung von dem Rechtsgrunde löst. Wenn aber das Eigentum ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund übergeht, so kann, da die Übergabe an sich ein rein tatsächlicher, lediglich den Besitzwechsel vermittelnder Vorgang ist, der Rechtsübergang füglich nur darauf zurückgeführt werden, daß er von den Parteien gewollt ist. Deshalb verlangt das BGB. zur Übertragung des Eigentums, außer der Übergabe, die Einigung des Veräußerers und Erwerbers darüber, daß das Eigentum übergehen soll.

Die Einigung muß selbstverständlich erkennbar sein. Das ist sie aber nicht bloß dann, wenn Erklärungen ausgetauscht sind, deren unmittelbarer Zweck die Äußerung des Übertragungs- und des Erwerbswillens ist, sondern auch dann, wenn die Umstände ergeben, daß die Parteien über den Eigentumsübergang einig sind. Wenn z. B. nichts weiter vorliegt, als daß die Sache verkauft und übergeben ist, so erscheint die Einigung hierdurch hinlänglich zum Ausdrucke gelangt (§ 41 Inst. de rer. div. 2,1), weil der Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 Satz 1 den Verkäufer nicht bloß zur Übergabe, sondern auch zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet, die Vollziehung der Übergabe mithin so gedeutet werden muß, daß sie in der Absicht erfolgte, den Käufer in Erfüllung des Vertrags nicht bloß zum Besitzer, sondern auch zum Eigentümer der Sache zu machen.

In allen Fällen, in welchen die Einigungsfrage den Gegenstand eines Rechtsstreits bildet, hat das Gericht das ihm vorgelegte Material darauf zu prüfen, ob dasselbe zu dem Schlusse berechtigt, daß die Parteien über den Eigentumsübergang zur Zeit der Übergabe einig gewesen oder nach derselben einig geworden sind. Die Prüfung wird

vornehmlich in der Würdigung tatsächlicher Verhältnisse bestehen. Die rechtlichen Normen sind, soweit das dritte Buch schweigt, in den Vorschriften des ersten Buches über „Rechtsgeschäfte", insbesondere über den „Vertrag" gegeben. Diese würden auf die Einigung selbst dann entsprechend anwendbar sein, wenn man letztere mit Bruck (Die Einigung im Sachenrecht des BGB., 1900) entgegen der hier (Bd. I S. 259 ff. Vorbm. 2) vertretenen Meinung nicht als einen Vertrag ansehen sollte. Denn das sachenrechtliche Institut der Einigung über den Rechtsübergang zeigt eine so nahe Verwandtschaft mit dem Vertrage, daß schon die Analogie dazu nötigt, die Vertragsnormen auch auf die Einigung anzuwenden (vgl. Bruck a. a. O. S. 52 ff.; a. M. Eccius in Gruch. 45 S. 455 f., 47 S. 51 ff.; vgl. dagegen Bd. I S. 259 ff. Vorbm. 2, S. 307 Erl. 2, Förster im Recht 1903 S. 54 ff., Bendix in Bl. f. RAnw. 1903 S. 197 ff.). Die Anwendung wird freilich dadurch erschwert, daß die Vertragsofferte häufig mit dem Antrag auf Schließung des obligatorischen Vertrags zusammenfällt, noch häufiger aber überhaupt nicht erklärt, sondern durch eine auf einen anderen Zweck gerichtete Erklärung oder Handlung betätigt wird. Allein die Praxis wird bei richtiger Auffassung des Begriffs der stillschweigenden Willenserklärung (Bd. I S. 204 ff.) die Schwierigkeiten, welche die Einigung des BGB. bietet, ebenso leicht überwinden, wie ihr dies in betreff des dinglichen Vertrags des gemeinen Rechtes gelungen ist. Das Nähere bleibt der Erläuterung der §§ 929 ff. vorbehalten.

Bei der Bestellung des Nießbrauchs erscheint die Einigung, welche der § 1032 erfordert, in demselben Gewande wie bei der Eigentumsübertragung. Dagegen pflegt bei der Pfandbestellung nach § 1205 die abstrakte Natur der Einigung deutlicher hervorzutreten, weil der Regel nach schon in dem Bestehen der Forderung, in der Lage des Schuldners oder in den Geschäftsgrundsätzen des Gläubigers ein hinlängliches Motiv für die Verpfändung liegt, der Rechtsgrund daher auch in den Augen der Parteien für die Entstehung des dinglichen Rechtes bedeutungslos ist, so daß die Einigung, welche das Gesetz verlangt, meist in abstrakten Erklärungen zum Ausdrucke kommt.

c) Für die Rechte an Grundstücken bestimmt das BGB. unter § 873 Abs. 2: „Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat." Das Gesetz kennt also eine zwar nicht bindende, im übrigen aber gültige Einigung der Parteien über den Eintritt der Rechtsänderung. Von praktischer Wichtigkeit ist dies jedoch schwerlich. Nur, wenn die Eintragung ohne die erforderliche Bewilligung, also unter Verletzung der GBO. § 19 oder § 29 erfolgt ist, kann es darauf ankommen, ob die Beteiligten sich über die Rechtsänderung in gültiger, wenn auch unverbindlicher Weise geeinigt haben. Die Regel wird jedenfalls die sein, daß die Erklärungen, aus welchen die Einigung sich zusammensetzt, in einer derjenigen Formen abgegeben werden, von deren Beobachtung nach § 873 Abs. 2 die Gebundenheit abhängt. Wenn aber dies zutrifft, dann werden die Gerichte bei Feststellung der Einigung nicht, wie gegenüber der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen, auf Schlußfolgerungen angewiesen sein, sondern beurkundete Erklärungen vor sich haben, welche unmittelbar ergeben, was von den Beteiligten gewollt war.

Zweifellos ist dies für die Fälle der Veräußerung eines Grundstücks sowie der Begründung und der Übertragung eines Erbbaurechts, weil die hierzu erforderliche Einigung nach den §§ 925, 1015, 1017 vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß, das Grundbuchamt aber schon im Hinblick auf die von ihm vorzunehmende Eintragung darauf halten wird, daß die Erklärungen ausdrücklich und deutlich gefaßt werden. Auf solche Erklärungen ist auch dann zu rechnen, wenn die Beteiligten bei einer anderen Rechtsänderung, namentlich bei der Begründung, Übertragung oder

Belastung eines dinglichen Rechtes, welches nicht unter die Vorschrift des § 925 fällt, die Eintragung vor dem Grundbuchamte bewilligt und angenommen oder die gerichtliche oder notarielle Form gewählt haben. Für die übrigen Fälle kommt in Betracht, daß nach der GBO. §§ 19, 29 die Eintragung nur erfolgen darf, wenn sie von dem passiv Beteiligten bewilligt und die Bewilligung öffentlich beglaubigt ist. Eine Urkunde dieses Inhalts wird also regelmäßig ausgestellt werden, wenn die Rechtsänderung wirklich gewollt ist. Sie bildet aber auch die sicherste Grundlage für die Entscheidung der Frage, ob die erforderliche Einigung stattgefunden hat. Denn wer erklärt, daß er die Eintragung einer Rechtsänderung bewillige, erklärt hiermit zugleich, daß er die Rechtsänderung selber wolle. Mag dann die Annahme auch nur stillschweigend geäußert werden, ihre Beziehung auf die Erklärung wird unschwer zu erkennen sein.

Aus dieser Betrachtung dürfte sich ergeben, daß der sog. dingliche Vertrag durch die formalen Bestimmungen des Grundbuchrechts aus dem Gebiete der juristischen Konstruktion, dem er ursprünglich angehörte, zu einem greifbaren Rechtsgeschäft erhoben und der Vertragscharakter dieses Geschäfts nicht zu bezweifeln ist.

5. Daß schließlich die dinglichen Rechtsgeschäfte als **Verfügungen** anzusehen sind, obwohl sie nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit der Übergabe oder der Eintragung die Rechtsänderung herbeiführen, ist Bd. I S. 324 Erl. 2 bereits erörtert (a. M. Eccius in DJZ. 1902 S. 61, 95, in Gruch. 47 S. 51 ff.; dagegen Rspr. 5 S. 418, 7 S. 49, RG. 21 S. A 150, 24 S. A 235, Förster im Recht 1902 S. 115, 141, 1903 S. 54 ff.).

3. Erwerb von einem Nichtberechtigten.

Weder das Traditionsprinzip noch das Eintragungsprinzip vermag dem sachenrechtlichen Verkehre das wünschenswerte Maß von Rechtssicherheit zu verbürgen. Denn nach dem Grundsatze der Rechtslogik, daß niemand mehr Recht auf einen anderen übertragen kann, als er selber hat, gelangt derjenige, zu dessen Gunsten über eine Sache oder über ein Recht an einer solchen verfügt wird, weder durch die Übergabe noch durch die Eintragung zum Rechtserwerbe, wenn das zu der Verfügung erforderliche Recht an der Sache dem Verfügenden fehlt. Die gemeinrechtliche Lehre hat an dem logischen Standpunkt im wesentlichen festgehalten. Die modernen Kodifikationen dagegen sind, obwohl sie ebenfalls diesen Standpunkt mehr oder weniger scharf betonen (z. B. preuß. ALR. Einl. § 101 und T. I 10 § 3, sächs. BGB. §§ 254, 469, 568, 644), doch verschiedentlich von demselben abgewichen, um den Verkehrsbedürfnissen Rechnung zu tragen. **Das BGB. hat die Konsequenz aus der bisherigen Entwickelung dadurch gezogen, daß es den gutgläubigen Erwerb von einem Nichtberechtigten der Regel nach als rechtmäßig und wirksam gelten läßt.** Das Prinzip gewinnt indessen, je nachdem es für die Rechte an beweglichen Sachen oder für die Rechte an Grundstücken sich betätigt, eine verschiedene Gestalt, weil der gute Glaube bei jenen durch die Übergabe, bei diesen durch die Eintragung desjenigen begründet wird, der zu Gunsten des Erwerbers verfügt (P. I S. 4004 f.).

1. Soweit **bewegliche Sachen** Gegenstand des Rechtsverkehrs sind, gefährdet das Dogma der Rechtslogik die Sicherheit im Geschäftsleben dadurch, daß es lediglich die Interessen des Eigentümers berücksichtigt, obwohl dieser weit weniger schutzbedürftig ist als der Erwerber. Der Eigentümer kann gewöhnlich sich selbst schützen, da es von ihm abhängt, ob er die Sache aus der Hand geben will oder nicht; der Erwerber dagegen ist meist gar nicht in der Lage, sich über das Recht eines anderen als des Besitzers zu unterrichten (P. I S. 4005). Die Gesetzgebung hat den Erwerber auf verschiedenen Wegen zu sichern gesucht.

a) Das ältere deutsche Recht beruhte ziemlich allgemein auf dem Grundsatze „Hand wahre Hand"; d. h. wer seine Sache einem andern anvertraut hatte, konnte sie nur von diesem zurückfordern. Die Vindikation war daher gegen einen Dritten nur zulässig, wenn die Sache dem Eigentümer ohne dessen Willen abhanden gekommen war.

Das preuß. ALR. nimmt einen anderen Standpunkt ein. Während es nämlich die Eigentumsklage auf Herausgabe von Geld oder Inhaberpapieren oder von öffentlich versteigerten oder durch den Fiskus verkauften Sachen der Regel nach versagt, schwächt es im übrigen die Klage dadurch ab, daß es demjenigen, welcher eine Sache redlich und gegen Entgelt an sich gebracht hat, das Recht einräumt, von dem Eigentümer den Ersatz des für die Sache Gegebenen oder Geleisteten zu verlangen (ALR. I 15 §§ 24—26, 42 ff., I 20 §§ 80 ff.). Auch dem sächs. BGB. (§§ 296, 314 f.) sind derartige Beschränkungen des Eigentumsanspruchs, wenn auch in einem viel weniger ausgedehnten Umfange, bekannt.

Das franz. Recht geht im Schutze des Erwerbers erheblich weiter. Es betrachtet den Besitzer geradezu als Eigentümer, indem es den Satz aufstellt: En fait de meubles la possesion vaut titre. Doch findet dieser Satz nach der herrschenden Lehre keine Anwendung, wenn der Besitzer die Sache unredlicherweise erlangt hat (M. III S. 343). Auch können nach dem code civil Art. 2279 gestohlene und verlorene Sachen innerhalb dreier Jahre gegen den Besitzer vindiziert werden. Der Art. 2280 gibt aber dem Besitzer, der die Sache auf einer Messe oder einem Markte oder in öffentlicher Versteigerung oder von einem Kaufmanne, der mit dergleichen Sachen handelt, gekauft hat, einen Lösungsanspruch auf Erstattung des Preises.

b) Dem franz. Rechte nähert sich der Standpunkt, den das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 vertrat. Es bestimmte unter Art. 306 Abs. 1, 2:

„Wenn Waren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigentum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war. Das früher begründete Eigentum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war.

Sind Waren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigentum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen zum Nachteil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolger nicht geltend gemacht werden."

Nach Abs. 4 finden aber diese Bestimmungen „keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren". Dagegen finden sie, wie es in dem Art. 307 heißt, „bei Papieren auf Inhaber auch dann Anwendung, wenn die Veräußerung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe geschehen ist, und wenn die Papiere gestohlen oder verloren waren."

In der Praxis haben diese Vorschriften sich dergestalt bewährt, daß an eine prinzipielle Änderung ihres Inhalts aus Anlaß der Herstellung eines gemeinsamen bürgerlichen Rechtes nicht gedacht werden konnte. Sowohl die erste als auch die zweite Kommission ging davon aus, daß es bei der Flüssigkeit und Unbestimmtheit der Grenzen zwischen Handelsverkehr und bürgerlichem Verkehre sich nicht empfehlen könnte, diesem eine andere Rechtsgrundlage zu geben als jenem (P. I S. 4006; P. II Bd. 3 S. 207). Das BGB. ist deshalb dem HGB. gefolgt. Seine Abweichungen sind sachlich kaum erheblich; sie bezwecken meist nur, den Zweifeln zu begegnen, welche durch die Fassung des HGB. entstanden sind.

Zunächst wird, zugleich um die Beweislast (Bd. I S. 48 Ziff. 2) klar zu stellen, in dem § 932 der Grundsatz ausgesprochen, daß der Erwerber, der die Übergabe

der Sache von dem Veräußerer erhält, auch dann Eigentümer wird, wenn das Eigentum dem Veräußerer nicht zusteht; ausgenommen sind die Fälle, in welchen der Erwerber nicht in gutem Glauben ist, d. h. in welchen „ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört". Der Zeitpunkt, in welchem der gute Glaube nicht fehlen darf, wird in den §§ 932—934 im Hinblick auf die §§ 929—931 verschieden bestimmt. Die wegen der „gestohlenen und verlorenen" Sachen gemachte Ausnahme hat insofern eine Verdeutlichung erfahren, als die „sonst abhanden gekommenen" Sachen hinzugefügt sind. Neben den Inhaberpapieren, welche dieser Ausnahme nicht unterliegen, bleiben auch Geld und solche Sachen, „die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden," der Regel unterworfen (§ 935). Der § 936 läßt, wenn die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, das Recht mit dem Erwerbe des Eigentums erlöschen; jedoch hat auch diese Regel einige Ausnahmen, namentlich die, daß das Recht nicht erlischt, wenn in Ansehung seiner der Erwerber nicht in gutem Glauben ist.

Das Prinzip, daß der gute Glaube zum Rechtserwerbe führt, gilt auch für die Bestellung des Nießbrauchs und des Pfandrechts. Auf die Einzelheiten, die in den §§ 1032, 1207, 1208, 1262, 1266 geordnet sind, braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden.

2. **Bei dem Verkehre mit Grundstücken und mit Rechten an Grundstücken** liegt die Sache anders. Wenn hier statt der Übergabe die Eintragung in das Grundbuch Erfordernis des Rechtserwerbes ist, so kann auch der gute Glaube des Erwerbers nicht auf den Besitz, sondern nur auf die Eintragung zurückgeführt werden.

a) Das Grundbuch hat alle an einem Grundstücke bestehenden Rechte aufzunehmen und nicht bloß die auf Rechtsgeschäft beruhenden, sondern auch die übrigen Änderungen nachzuweisen, die an den Rechten vorkommen. Eine hohe Gewähr für die Erfüllung dieser Aufgabe liegt einerseits in den Einrichtungen und Vorkehrungen, durch welche die GBO. und andere Gesetze (z. B. das ZVG.) darauf hinwirken, daß die Bücher vorschriftsmäßig geführt, insbesondere vor jeder Eintragung deren gesetzliche Voraussetzungen sorgfältig geprüft werden, andererseits in der Einsicht und Gewissenhaftigkeit der Beamten, welchen die Buchführung obliegt. Unbedingte Sicherheit gegen Täuschungen aber vermag die Bucheinrichtung nur zu bieten, wenn nach dem materiellen Rechte die Nachrichten, welche das Buch über die Rechte an einem Grundstücke gibt, von jedem, der auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb eines solchen Rechtes sich einläßt, dabei als richtig angesehen werden dürfen. Von diesem Standpunkte gilt derjenige, welcher in dem Buche als Eigentümer eingetragen steht, zu Gunsten eines Dritten, auf den er das Eigentum überträgt oder für den er ein Recht an dem Grundstücke bestellt, als der Eigentümer, auch wenn er in Wirklichkeit nicht der Eigentümer ist, und derjenige, für welchen ein anderes Recht als das Eigentum eingetragen ist, bei einer Verfügung über dieses Recht als der Berechtigte, auch wenn dasselbe einem anderen zusteht, — immer mit dem Vorbehalte, daß nicht die durch den Inhalt des Buches verdeckte wahre Rechtslage dem (vermeintlichen) Erwerber bekannt ist. Der hierin sich ausdrückende Grundsatz pflegt bald als Publizitätsprinzip (Öffentlichkeit im materiellen Sinne) bald als öffentlicher Glaube des Grundbuchs bezeichnet zu werden.

b) Das Bedürfnis, in der angedeuteten Weise den Rechtserwerb zu sichern, war zunächst im Hypothekenverkehre hervorgetreten. Die Landesgesetzgebung hatte in verschiedenen deutschen Staaten es als eine ihrer Hauptaufgaben erkannt, den Realkredit der Grundbesitzer zu heben und zu fördern. Die erste Voraussetzung eines solchen Kredits aber besteht darin, daß derjenige, welchem eine Hypothek bestellt oder übertragen wird, gegen unbekannte Mängel im Rechte des Bestellers bezw. des bisherigen Gläubigers sowie gegen unbekannte Belastungen des Grundstücks geschützt ist.

Deshalb wurde durch die neuere Landesgesetzgebung vielfach der Erwerb der Hypotheken unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs gestellt. In einigen Ländern wurde der Grundsatz des öffentlichen Glaubens auch auf den Erwerb des Eigentums und der sonstigen Rechte an Grundstücken erstreckt. Vgl. über die geschichtliche Entwickelung dieses Grundsatzes in Deutschland M. III S. 209 f. Die Einzelheiten, in welchen die Landesgesetze bei der Anwendung des Grundsatzes von einander abweichen, können hier nicht erörtert werden. Zu erwähnen ist nur, daß, während das sächsische Recht und die diesem nachgebildeten Gesetze anderer Bundesstaaten (s. M. III S. 15) zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerbe nicht unterscheiden, nach den preußischen und den diesen nachgebildeten Gesetzen (s. M. III S. 14 f.) sowie nach dem bayerischen Hypothekengesetze, dem württembergischen Pfandgesetz und einigen anderen Gesetzen der Erwerber in der Regel sich nicht auf den Glauben des Buches berufen kann, wenn der Erwerb ohne Entgelt erfolgt ist.

c) Mit dem Grundsatze der formalen Rechtskraft des Buchinhalts (oben S. 13) ist das Prinzip des öffentlichen Glaubens verwandt, jedoch keineswegs identisch. Beide bezwecken den Rechtserwerb zu schützen. Aber während der öffentliche Glaube des Grundbuchs voraussetzt, daß die Eintragung nur ein Erfordernis der Rechtsänderung neben dem Rechtsgeschäft ist, knüpft jener Grundsatz die dinglichen Rechte dergestalt an das Buch, daß dieses die ausschließliche Quelle derselben ist. Hieraus ergibt sich der praktische Unterschied, daß eine formell rechtskräftige Eintragung, wenn sie auf eine ungültige oder unrichtige Voraussetzung hin bewirkt wird, gleichwohl zum Rechtserwerbe führt oder den ihrem Inhalt entsprechenden sonstigen rechtlichen Erfolg hervorbringt, daher nur mittels eines persönlichen Anspruchs sich beseitigen läßt, daß dagegen der öffentliche Glaube des Buches zur Heilung eines solchen Mangels überhaupt nicht angerufen werden kann, solange nicht zu Gunsten eines Dritten weiter verfügt ist. Hat aber eine Verfügung stattgefunden, so erscheint der Dritte, dem der Mangel nicht bekannt war, in seinem Erwerbe durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gerade so geschützt, wie durch das Prinzip der formalen Rechtskraft. Kannte er den Mangel, so zeigt sich wieder eine Verschiedenheit, nämlich die, daß der Verletzte nach den Vorschriften über den öffentlichen Glauben einen dinglichen Anspruch gegen den Dritten wie gegen dessen Rechtsurheber hat, nach dem Grundsatze der formalen Rechtskraft hingegen den Dritten nur dann belangen kann, wenn derselbe durch seinen bösen Glauben ihm persönlich zur Beseitigung der Rechtsverletzung verpflichtet ist. Das Gesetz könnte freilich diesen Anspruch mit einem Aussonderungsrechte im Konkurs und, soweit nicht die Rücksicht auf einen gutgläubigen Erwerb entgegenstände, mit Wirksamkeit gegen Dritte versehen. Allein dann hätte man sachlich dasselbe Recht, welches der öffentliche Glaube des Grundbuchs gewährt, und der verbleibende Unterschied wäre nur konstruktioneller Natur. Daß aber die Konstruktion eines dinglich im Konkurs und gegen Dritte wirksamen persönlichen Anspruchs mehr befriedigen möchte, als der unmittelbar dingliche Anspruch, ist sicherlich zu bezweifeln.

d) Die Eintragungen, welche das BGB. vorsieht, haben keine formale Rechtskraft (P. II Bd. 3 S. 48). Dagegen wird die Richtigkeit ihres Inhalts durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gewährleistet. Weder in der ersten noch in der zweiten Kommission war der Annahme dieses Prinzips widersprochen worden. Die Ansichten gingen immer nur darin auseinander, ob der Grundsatz der einen oder andern Beschränkung zu unterwerfen wäre (P. I S. 3569 ff.; P. II Bd. 3 S. 76 f.). Beide Kommissionen hielten den Schutz des Erwerbers gegen alle aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen eintragungsfähigen Rechte und Verfügungsbeschränkungen für erforderlich, versagten jedoch den Schutz demjenigen, welchem der gute Glaube fehlte. Die Entwürfe sprechen freilich hier nicht von gutem Glauben. Aber sie schließen die

Berufung des Erwerbers auf die Richtigkeit des Grundbuchs insoweit aus, als die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist (E. I §§ 837, 844; II § 810). Von den Vorschriften über den Erwerb von Rechten an beweglichen Sachen wird darin abgewichen, daß der Kenntnis eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis nicht gleichgestellt wird.

Im übrigen bestanden zwischen den Entwürfen der beiden Kommissionen einige Verschiedenheiten, von denen hier folgende hervorzuheben sind:

α) Der E. I schützte in seinem § 837 nicht bloß den „durch Rechtsgeschäft", sondern auch den „im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung sich vollziehenden Erwerb", indem er davon ausging, daß dies dem praktischen Bedürfnis entspreche, weil auch das zwangsweise erworbene Recht die Bestimmung habe, Gegenstand des Verkehrs zu sein (P. I S. 3573). Der E. II hat den Schutz auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb beschränkt (§ 810); die zweite Kommission maß dem Hinweis auf das Bedürfnis hier keine entscheidende Bedeutung bei, glaubte aber auch ein solches nicht zugeben zu können; sie beließ es daher bei dem Grundsatze, daß Zwangsvollstreckung und Arrest nur in das Vermögen des Schuldners vollzogen werden dürfen, zumal das Gesetz auch bei der Pfändung beweglicher Sachen und nicht durch Hypothek gesicherter Forderungen dem guten Glauben keinen Einfluß auf den Rechtserwerb zugestehe (P. II Bd. 3 S. 77 ff., 707 f.). Hierbei darf aber nicht übersehen werden, daß der Fall, wenn die Eintragung auf Grund eines Urteils erfolgt, durch welches der Schuldner zur Abgabe der seinerseits erforderlichen Erklärung rechtskräftig verurteilt ist (CPO. § 894 Abs. 1), den Fällen des rechtsgeschäftlichen Erwerbes zugerechnet werden muß (CPO. § 898).

β) Nach dem E. I § 837 sollte auch dem unentgeltlichen Erwerbe der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu statten kommen. Dies hat die zweite Kommission zwar nicht geändert, aber insofern gemildert, als sie den Bereicherungsanspruch, den der § 839 dem Verletzten nur gegen den unberechtigt Verfügenden gab, auch gegen denjenigen zuließ, welcher durch die Verfügung ein Recht unentgeltlich erlangte. Die beschlossene Vorschrift, die zunächst in dem E. II § 812 Satz 2 ihren Ausdruck fand, wurde in dem revidierten, dem Bundesrate vorgelegten Entwurfe der Kommission durch die allgemeinen Vorschriften des § 801 mitgedeckt (P. II Bd. 3 S. 82 ff., Bd. 6 S. 199 f.). Dem § 801 entspricht in dem BGB. der § 816.

e) Die Bestimmungen des E. II § 810, durch welche der öffentliche Glaube des Grundbuchs für den Rechtserwerb geordnet wurde, erfuhren bei der Revision noch einige Änderungen. Die endgültige Fassung, die ihnen die zweite Kommission gegeben hat, findet sich in der Bundesratsvorlage § 877. Weder der Bundesrat noch der Reichstag hat hieran etwas geändert.

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs hat nach dem BGB. § 892 eine positive und eine negative Seite.

α) Die positive Seite zeigt sich darin, daß die Rechte an dem Grundstücke gerade so, wie sie das Grundbuch darstellt, zu Gunsten des Erwerbers als bestehend angesehen werden. Verfügt daher jemand über ein für ihn eingetragenes, in Wirklichkeit aber einem andern gehörendes Recht dadurch, daß er einem Dritten das Recht überträgt oder auf Grund desselben ein neues Recht bestellt, so erwirbt der Dritte, wie wenn der Eingetragene zu der Verfügung berechtigt wäre. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs führt nicht minder, als bei Rechten an beweglichen Sachen der gute Glaube, zum Rechtserwerbe (oben S. 21 f.); er heilt den an sich dem Rechtsgeschäft anhaftenden Mangel für immer, so daß, wenn der Erwerber weiter verfügt, der neue Erwerber ebenso gesichert ist, wie sein Rechtsurheber, selbst wenn er den Mangel zur Zeit seines Erwerbes gekannt hat (P. II Bd. 3 S. 84 f.; Rspr. 2 S. 266).

β) Die negative Seite des Prinzips bewährt sich in dem Schutze des Rechtserwerbes gegen nichteingetragene Rechte; das Grundbuch gilt zu Gunsten des redlichen

Erwerbers als vollständig. Sofern ein nichteingetragenes Recht mit dem Rechte des Erwerbers unvereinbar ist, erlischt es (P. I S. 3574); andernfalls entbehrt es der Wirkung, welche es diesem gegenüber ohne Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs haben würde. Das Gesetzbuch hat auch hier im wesentlichen den Standpunkt festgehalten, auf welchem die Vorschriften der §§ 936, 1032, 1208 über den gutgläubigen Erwerb von Rechten an beweglichen Sachen beruhen.

Die Verfügungsbeschränkungen werden in dem § 892 Abs. 1 neben den dinglichen Rechten besonders erwähnt, weil sie den Rechtserwerb ähnlich wie diese gefährden, ohne rechtlich ihnen gleichgeachtet werden zu können (P. II Bd. 3 S. 77).

IV. Literatur.

Zur Ergänzung des Literaturnachweises, der in der Einleitung (Bd. I S. 31 f.) gegeben ist, sind folgende das Sachenrecht behandelnde Werke anzuführen:

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen, 1901;

Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts, mit Erläuterungen in der Titelfolge des Bürgerlichen Gesetzbuchs und mit einschlagenden neuen Reichsgesetzen, 1899.

Aus der reichhaltigen Literatur über das Grundbuchrecht sind hervorzuheben:

Achilles-Strecker, Die GBO. nebst den preuß. Ausführungsbestimmungen mit Kommentar und systematischer Übersicht über das materielle Grundbuchrecht, 1901;

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, 1898 (Kommentar);

Fischer und Schaefer, Die Gesetzgebung, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preußen, 1902 (Kommentar);

Fuchs, Grundbuchrecht, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB. und zur GBO.; Bd. I Materielles Grundbuchrecht 1899—1902;

Klumpp, Das deutsche Grundbuchrecht und die württemb. Ausführungsbestimmungen; 1. Aufl. 1898/99; 2. Aufl. 1901 ff. (bisher 3 Lieferungen);

Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht, Bd. I 1902, Bd. II 1903;

Maenner, Das Recht der Grundstücke nach dem BGB. und der GBO. 1899;

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht und die preuß. Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen, 1. und 2. Aufl. 1900;

Predari, Die Grundbuchordnung (Kommentar), 1900 ff. (bisher 2 Lieferungen);

Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preuß. Ausführungsbestimmungen (Kommentar); Bd. I Das Sachenrecht des BGB., 2. Aufl. 1902.

Drittes Buch.

Sachenrecht.

Erster Abschnitt.

Besitz.

Erster Abschnitt.

Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerbe, Arch. f. Bürg. R. 17 S. 1; Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., Gruch. 42 S. 645; Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen (nach dem E. II), Iherings Jahrb. 34 S. 1; derselbe, Aphorismen zur Besitzlehre, Beitr. zur Auslegung des BGB. herausgegeben von Bernhöft u. Binder Bd. 1 S. 15; Bendix, Die Besitzlehre nach dem BGB. unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, Recht 1900 S. 45, 69; Franck, Der Besitzwille nach dem BGB. 1898; Gärtner, Studien zur Erläut. des bürgerl. Rechts herausg. von Rudolf Leonhard, Heft 4, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach röm. u. neuerem deutsch. R. 1901; Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. 1897; derselbe, Gutachten f. d. 24. Dtsch. Juristentag, Verhdl. III S. 29; L. Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre (1884), Vermischte Schriften I S. 23; derselbe, Berliner Festgabe f. Gneist 1888 S. 64; Grützmann, Wirkungen des Besitzes, Sächs. Arch. 8 S. 321 ff; Josef, Erläuterungen zu den Besitzklagen des BGB. aus dem Preuß. Recht u. der Preuß. Rechtsprechung, Arch. f. Bürg. R. 15 S. 265; Kniep, Der Besitz des BGB. gegenübergestellt dem röm. u. gem. Recht, 1900; Franz Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb 1899; Männer, Das Recht der Grundstücke nach dem BGB., 1899; Raape, Besitzerwerb ohne Willen nach dem BGB. 1901; Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB., Iherings Jahrb. 38 S. 1; Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB., Arch. f. civ. Prax. 87 S. 40; derselbe, Gutachten f. d. 24. Dtsch. Juristentag, Verhdl. III S. 1.

1. Besitz und Rechte an Sachen. Das Sachenrecht regelt die rechtlich erheblichen Beziehungen der Personen zu den Sachen. Diese Beziehungen sind zwiefacher Art. Die Sachen stehen einmal regelmäßig zu einer bestimmten Person in einer tatsächlichen Beziehung, welche nach der Anschauung des Verkehrs der Person die Macht gibt, Einwirkungen anderer Personen auf die Sache abzuwehren. Diese Beziehung ist der Besitz; er wird von der Rechtsordnung weder geschaffen noch seinem Inhalte nach positiv bestimmt, aber im Interesse des Rechtsfriedens mit besonderen Schutzmitteln ausgestattet und als wichtiges Moment für die Regelung der zweiten Art rechtlich erheblicher Beziehungen der Person zur Sache verwertet. Diese, die unmittelbaren rechtlichen Beziehungen der Personen zu den Sachen oder die Rechte an Sachen, beruhen auf der Rechtsordnung und empfangen von dieser ihren Inhalt und ihren Schutz. Dementsprechend handelt das BGB. im ersten Abschnitte des dritten Buches vom Besitz, in den weiteren Abschnitten von den Rechten an Sachen.

2. Entstehung des Abschnitts. Das Besitzrecht des BGB. hat die Gestalt, in der es Gesetz geworden ist, durch die zweite Kommission erhalten. Im E. I entsprach dem vorliegenden Abschnitte der zweite Abschnitt des dritten Buches mit der Überschrift „Besitz und Inhabung". Unter „Inhabung" verstand der E. I die tatsächliche Gewalt der Person über die Sache, unter „Besitz" die mit dem Besitzwillen, d. h. dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben, verbundene — eigene oder durch einen anderen ausgeübte — Inhabung (§ 797). Der

zweite Abschnitt vereinigte in sich zwei sachlich verschiedene Gruppen von Vorschriften: die erste (§§ 797—813) regelte den Erwerb und den Verlust des „Besitzes“ als einer Voraussetzung für gewisse das Eigentum (dessen Erwerb durch Ersitzung und Aneignung, den Eigentumsanspruch rc.) betreffende Vorschriften; die zweite Gruppe (§§ 814—824) handelte von dem Besitzschutze, den der E. I grundsätzlich an die „Inhabung“, nicht an den Besitz knüpfte. Schon die Motive zogen die Zweckmäßigkeit dieser Anordnung in Zweifel (Bd. III S. 79) und erörterten die Frage, ob es sich nicht terminologisch mehr empfehle, zum Besitz (ad interdicta) nicht den animus domini zu erfordern, sondern den Besitz mit animus domini zu einem qualifizierten Besitze zu machen (S. 87). Nach beiden Richtungen entschied sich die zweite Kommission, im Anschluß an die nahezu einmütige Stellungnahme der Kritik, in dem dem E. I entgegengesetzten Sinne. Sie bezeichnete als Besitz jedes mit den besonderen possessorischen Schutzmitteln ausgestattete Verhältnis der Person zur Sache und beschränkte den vorliegenden Abschnitt grundsätzlich auf die Regelung des Besitzschutzes und seiner Voraussetzungen.

Der E. II grenzte ferner die possessorisch zu schützenden Verhältnisse schärfer ab. Der E. I knüpfte den Schutz an die „Inhabung“; er schützte den Inhaber auch gegenüber demjenigen, für welchen er die Sache innehat, und zwar auch den Inhaber ohne eigenes rechtliches Interesse (M. III S. 110). An anderer Stelle der Motive wurde freilich der Standpunkt des E. I dahin gekennzeichnet, daß dem Inhaber, sofern dieser selbständig die tatsächliche Gewalt ausübt, eine durch verbietende Rechtsnormen geschützte Stellung eingeräumt werde, und von dem so geschützten Inhaber derjenige unterschieden, welcher bei der Erwerbung und Ausübung der tatsächlichen Gewalt als bloßes Organ eines anderen handelt und dessen Handlung lediglich auf Grund des natürlichen Kausalzusammenhanges dem anderen zugerechnet wird (S. 86, 87). Es lag hiernach wohl nicht im Sinne des E. I, daß, wie die Kritik annahm, z. B. ein Dienstbote, der ihm anvertraute Sachen des Dienstherrn beim Abzuge mitnimmt, diesem gegenüber Besitzschutz genießen sollte. Immerhin litt der E. I an einer Unklarheit. Zu ihrer Beseitigung nahm die zweite Kommission den jetzigen § 855 auf.

Der E. I gewährte endlich Besitzschutz neben dem Inhaber auch dem „Besitzer, für den ein anderer die Sache innehat“, und, falls der Inhaber die Inhabung nicht unmittelbar für den Besitzer, sondern für einen anderen hat, der seinerseits die tatsächliche Gewalt für den Besitzer ausübt, diesem anderen, dem in den Motiven sog. Oberinhaber (§ 821). Die hier unterschiedenen Begriffe des Besitzers und des Oberinhabers, für die ein anderer die Sache innehat, wurden im E. II zu dem einheitlichen Begriffe des mittelbaren Besitzers zusammengefaßt (§ 868).

3. Begriff und Arten des Besitzes. Das Gesetz bestimmt zwar im § 868 den Begriff des mittelbaren Besitzes, nicht aber den Begriff desjenigen — auch im § 868 vorausgesetzten — Besitzes, welcher zwar nicht im Gesetz, aber gemeinüblich als unmittelbarer Besitz bezeichnet wird. Für diesen gibt es statt dessen nur Vorschriften über den Erwerb und den Verlust. Der unmittelbare Besitz wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben (§ 854 Abs. 1) und durch den Verlust der tatsächlichen Gewalt beendigt (§ 856 Abs. 1). Wer also die tatsächliche Gewalt erlangt und nicht wieder verloren hat, d. h. wer die tatsächliche Gewalt hat, der hat den Besitz. Dies kann entweder bedeuten, daß die tatsächliche Gewalt und der Besitz sich begrifflich decken, m. a. W. daß Besitz die tatsächliche Gewalt ist, oder daß der Besitz eine sich an das Bestehen der tatsächlichen Gewalt knüpfende Rechtsfolge ist. Welche dieser Auffassungen dem Sinne des Gesetzes entspricht, läßt sich nur durch Prüfung der Stellen, an denen das Gesetz vom Besitze spricht, entscheiden.

Offenbar kann „Besitz“ nur die tatsächliche Gewalt bedeuten, wenn davon die Rede ist, daß jemand einem anderen den Besitz entzieht oder ihn darin stört (§§ 858 ff.), ihm den Besitz vorenthält (§ 1004), den Besitz ergreift (§§ 956 ff.), eine Sache in Besitz nimmt (§§ 561, 867, 958, 984, 1373, 1443, 2205), sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht verschafft (§ 992), den Besitz von einem anderen erlangt (§§ 932, 934), eine Sache im Besitze hat (§§ 900, 938, 1007, 2259), im Besitz einer Sache ist (§§ 929 ff., 983, 1117, 1205) oder sich befindet (§ 956), daß eine Sache in jemandes Besitz ist (§ 1253) oder sich befindet (§§ 402, 404, 810, 851, 1362), oder wenn von Überlassung des Besitzes (§§ 561, 956 f., 986, 2205), von Rechten, die zum Besitz einer Sache berechtigen (§§ 433, 440, 441, 451, 900, 990, 1036), von dem Rechte oder der Verpflichtung zum Besitze (§§ 863, 868), vom Besitzstand (§ 920) und von der Einräumung des Mitbesitzes (§§ 1081, 1206) gesprochen wird. — In anderen Wendungen könnte unter Besitz zwar auch eine an die tatsächliche Gewalt geknüpfte Rechtsfolge verstanden werden, so in den Ausdrücken: den Besitz einer Sache erlangen (§§ 258, 926, 932, 934, 936, 940, 988, 1266,

2025), den Besitz verlieren (§§ 268, 940), eine Sache gelangt in jemandes Besitz (§§ 221, 590, 647, 943), während des Besitzes (§§ 836, 1006), Besitzzeit (§ 1007). Aber auch an diesen Stellen liegt es näher, unter Besitz die tatsächliche Gewalt zu verstehen. Aus der Gesamtheit der angeführten Stellen ergibt sich also, daß unmittelbarer Besitz einer Sache im Sinne des BGB. die tatsächliche Gewalt über die Sache ist. Hiermit stimmt es überein, daß der E. I die „Inhabung", die sich im wesentlichen mit dem unmittelbaren Besitz des BGB. deckt, ausdrücklich als tatsächliche Gewalt der Person über die Sache definierte, und daß die zweite Kommission einen Antrag, die jetzt in § 854 und § 856 Abs. 1 enthaltenen Vorschriften durch die Bestimmung zu ersetzen: „Besitzer einer Sache ist derjenige, welcher die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat." nur aus grundsätzlichen Bedenken gegen eine solche lehrbuchmäßige Definition und wegen der dadurch vermeintlich eintretenden Änderung der Beweislast abgelehnt hat (P. II Bd. 3 S. 35). Mit Unrecht beruft sich Bekker, Aphorismen S. 15, dafür, daß „Besitz" nicht tatsächliche Gewalt, sondern die Rechtsfolge der tatsächlichen Gewalt bedeute, auf § 854 Abs. 1, weil dieser nach der hier vertretenen Auffassung „die bodenlose Trivialität" enthalten würde, die tatsächliche Gewalt werde durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben (ähnlich Binder, Die Rechtsstellung des Erben S. 47). Der Vorwurf trifft nicht zu, da der § 854 in Verbindung mit § 856 eine Begriffsbestimmung des Wortes Besitz ersetzt.

Nur an einer Stelle gebraucht das Gesetz das Wort Besitz unzweifelhaft nicht im Sinne von tatsächlicher Gewalt, im § 857, wonach der Besitz auf den Erben übergeht. Indessen liegt hier eine ungenaue Ausdrucksweise vor, aus welcher Folgerungen für den Begriff des Besitzes nicht hergeleitet werden können (Erl. zu § 857; a. A. Windscheid-Kipp Bd. I S. 696; Bekker, Aphorismen S. 18). Trotz § 857 ist also an dem entwickelten Begriffe des unmittelbaren Besitzes als der tatsächlichen Gewalt festzuhalten. Über letzteren Begriff s. Erl. 2 zu § 854.

Unmittelbarer Besitzer einer Sache ist auch derjenige, für welchen ein anderer (sog. Besitzdiener) die tatsächliche Gewalt in einem Verhältnisse der in § 855 bezeichneten Art ausübt.

Neben dem unmittelbaren Besitzer kann ein anderer zu der Sache in einer entfernteren tatsächlichen Beziehung stehen, die durch sein Verhältnis zum unmittelbaren Besitzer hergestellt wird. Auch diese Beziehung zur Sache bezeichnet das Gesetz als Besitz, und zwar als mittelbaren Besitz (§ 868).

Als einzige durch einen gesetzlichen Kunstausdruck ausgezeichnete Unterart des (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitzes hebt das BGB. den Eigenbesitz hervor: Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt (§ 872). Der allgemeine Begriff des Besitzes sieht von den Unterschieden ab, die zwischen den einzelnen Fällen des Besitzes durch den Zweck begründet wird, zu welchem die Gewalt erlangt und ausgeübt wird. Dagegen bildet für den Begriff des Eigenbesitzes der Zweck des Besitzes das unterscheidende Merkmal. Der durch diesen Zweck gekennzeichnete Besitz bedurfte mit Rücksicht auf die mannigfachen besonderen Rechtsfolgen, die sich an ihn, namentlich im Gebiete des Eigentumsrechts, knüpfen, einer technischen Bezeichnung (Erl. zu § 872). Für den Besitz zu anderen Zwecken hat dagegen das Gesetz einen Kunstausdruck für entbehrlich gehalten; es bezeichnet gegebenenfalls den Zweck besonders, so z. B. eine Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts (§ 955 Abs. 2, § 988), in Ausübung eines Rechtes (§ 837), als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer besitzen (§ 868). Nach dem Vorschlage Dernburgs S. 43 ist für den Gegensatz zum Eigenbesitz der Ausdruck Fremdbesitz üblich. Der unmittelbare wie der mittelbare Besitz kann einer einzigen Person (Alleinbesitz, vgl. § 1213 Abs. 2, § 1267) oder mehreren gemeinschaftlich zustehen (Mitbesitz § 866). Er kann sich ferner auf einen Teil der Sache beschränken (Teilbesitz § 865).

4. Rechtliche Natur des Besitzes. Der Besitz — sowohl der unmittelbare als auch der mittelbare (s. wegen des letzteren Erl. 5 zu § 868) — ist ein tatsächliches Verhältnis der Person zur Sache, aber ein solches, an welches die Rechtsordnung Folgen knüpft. Bei entsprechend weiter Fassung des Begriffs Rechtsverhältnis steht daher der Unterstellung des Besitzes unter diesen Begriff nichts im Wege. Praktisch ist es Sache der Auslegung des einzelnen Gesetzes, ob in dessen Sinne das Wort Rechtsverhältnis den Besitz umfaßt. Für die Vorschrift der CPO. § 256 über die Feststellungsklage ist diese Frage zu bejahen (Bekker, Aphorismen S. 16).

Die Auffassung des Besitzes als eines subjektiven Rechtes in dem gewöhnlich mit diesem Ausdrucke verbundenen Sinne ist abzulehnen (vgl. auch Strohal S. 63, Dernburg S. 42, Männer S. 90; dagegen Windscheid-Kipp Bd. I S. 696; Bekker, Aphorismen S. 18). Jedenfalls ist sie dem BGB. fremd; dies ergibt sich u. a. aus § 268, der Besitz und Recht ein-

ander gegenübergestellt, § 865, der einen Sonderbesitz an wesentlichen Bestandteilen einer Sache zuläßt, während der § 93 Sonderrechte an solchen Bestandteilen ausschließt, sowie aus § 1414, wo der Besitz einer zum Vorbehaltsgute der Frau gehörenden Sache den zum Vorbehaltsgute gehörenden Rechten gegenübergestellt ist (s. auch Erl. 2 zu § 858). Freilich stehen dem Besitzer zum Schutze des Besitzes neben dem Rechte der Selbstverteidigung und der Selbsthilfe (§ 859) die in den §§ 861, 862 bezeichneten Ansprüche wegen Entziehung und Störung des Besitzes zu. Aber daraus, daß der Besitz unter gewissen Voraussetzungen diese Rechte begründet, läßt sich nicht folgern, daß er selbst ein subjektives Recht ist. Ob im Sinne bestimmter anderer Gesetze das Wort Recht auch auf den Besitz zu beziehen ist, bleibt besonders zu prüfen. Das RG. (34 S. 422) hat z. B. als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne der CPO. § 771 auch den Besitz anerkannt.

5. **Als Gegenstand des Besitzes** kennt das BGB. nur Sachen (§ 90); die Ausdehnung des Besitzbegriffs auf Rechte ist ihm fremd (M. III S. 119, 477; vgl. EG. Art. 191, wo nur im Abs. 1 von den bisherigen Gesetzen über den Schutz im Besitze einer Grunddienstbarkeit, im Abs. 2 dagegen von dem Schutze der Ausübung einer Grunddienstbarkeit die Rede ist). Die Ausübung von Rechten wird als solche nur ausnahmsweise geschützt. Nicht in Betracht kommen die Fälle, in denen die Rechtsausübung mit Sachbesitz verbunden ist; hier handelt es sich nur um Schutz des Sachbesitzes. Daraus, daß für ein Recht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (§ 1017 Abs. 1, EG. Art. 63, 68), folgt nicht, daß die Ausübung des Rechtes nach den für den Schutz des Besitzes eines Grundstücks geltenden Vorschriften geschützt wird; vielmehr wird auch bei solchen Rechten nur die in Sachbesitz bestehende Ausübung geschützt. Bei einzelnen Rechten wird jedoch die Ausübung, ohne daß Sachbesitz vorliegt, nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt (vgl. § 900 Abs. 2), nämlich kraft Reichsrechts bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (BGB. §§ 1029, 1090; EG. Art. 191). Außerdem bleiben auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Sondergebieten (Wasserrecht, Fischereirecht &c.) auch besondere landesrechtliche Vorschriften über Rechtsbesitz und dessen Schutz in Kraft und für die Zukunft zulässig (M. III S. 121; KB. S. 2005).

6. Von den **Rechtsfolgen des Besitzes** behandelt der vorliegende erste Abschnitt nur die an den Besitz geknüpften besonderen Schutzmittel (§§ 858 ff.). Sonstige allgemeine Folgen des Besitzes sind namentlich das Recht des Besitzers, sich im Falle der Zwangsvollstreckung in die Sache den dadurch gefährdeten Besitz durch Befriedigung des Gläubigers zu erhalten (§ 268 Abs. 1 Satz 2) sowie die durch den Besitz begründeten Verpflichtungen zur Vorlegung (§§ 809 ff., 896) und zur Herausgabe der Sache an den Eigentümer oder an sonstige zum Besitze dinglich Berechtigte (§§ 985 ff., 1065, 1227). Über den Besitz als Gegenstand eines Vermächtnisses vgl. § 2169 Abs. 2. Bei beweglichen Sachen knüpfen sich an den Besitz außerdem insbesondere die Legitimation zur Empfangnahme der Ersatzleistung für Entziehung oder Beschädigung der Sache nach § 851, die Eigentumsvermutung des § 1006 (vgl. auch § 1117 Abs. 3, § 1154 Abs. 1, § 1253 Abs. 2, § 1362) und der Herausgabeanspruch aus früherem Besitze gegen den gegenwärtigen Besitzer nach § 1007.

Über die besonderen Rechtsfolgen des Eigenbesitzes s. Erl. 1 zu § 872.

7. Im BGB. und in den mit ihm zusammenhängenden Reichsgesetzen ist die neue **Terminologie der Besitzverhältnisse** streng durchgeführt. Nur bei den Inhaberpapieren (Schuldverschreibung auf den Inhaber §§ 793 ff. &c.) wurde das Wort „Inhaber" mit Rücksicht auf den feststehenden Sprachgebrauch beibehalten. Dagegen ist in der neuen Fassung der CPO. der Ausdruck „Gewahrsam" (des Schuldners, des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten) in den §§ 808, 809, 886 unverändert geblieben (s. auch HGB. § 616 Abs. 3). Daß jedoch unter diesem Worte etwas anderes zu verstehen sei als unmittelbarer Besitz im Sinne des BGB., darf daraus nicht geschlossen werden, da bei der Revision der CPO. von ausschließlich redaktionellen Änderungen grundsätzlich Abstand genommen worden ist (vgl. Struckmann und Koch, 7. Aufl. Anm. 2 zu § 808; über den Begriff des Gewahrsams L. Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre S. 128). Auch neuerdings findet sich wieder der Ausdruck Gewahrsam im § 31 des Reichsges. v. 30. Juni 1900. Wegen der Bedeutung des neuen Besitzrechts für das Strafrecht vgl. Lobe, Über den Einfluß des BGB. auf das Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes S. 16 ff.; s. auch Bd. VI Erl. 1 zu Art. 34.

8. **Übersicht des ersten Abschnitts.** Der vorliegende Abschnitt behandelt zuerst den unmittelbaren Besitz, nämlich den Erwerb (§ 854), die Ausübung durch einen anderen (§ 855), den

§. 854. Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Verlust (§ 856), den Übergang auf den Erben (§ 857) und den Schutz (§§ 858—867), sodann den mittelbaren Besitz, dessen Begriff (§§ 868, 871), Schutz (§ 869) und Übertragung (§ 870), endlich den Begriff des Eigenbesitzes (§ 872).

9. **Übergangsvorschriften für bestehende Besitzverhältnisse enthält das EG. in den Art. 180, 191.**

§ 854.

E. I § 797, § 803 Abs. 2; II § 777 rev. § 839; III § 838. P. I S. 3377 ff., 3399 ff., 3407 ff., 6274; M. III S. 80 ff., 93. P. II Bd. 3 S. 26 ff., 33. D. S. 653.

1. **Der § 854 bestimmt die Voraussetzung für den Erwerb des unmittelbaren Besitzes einer Sache.** Folgende **Anwendungsfälle** kommen in Betracht:

a) Die Sache hat sich vorher im Besitz eines anderen befunden. Hier kann sich der Erwerb entweder mit dem Willen oder ohne den Willen des bisherigen Besitzers vollziehen. Im ersten Falle liegt Besitzerwerb durch Übergabe vor. Diese Erwerbsart ist von besonderer Bedeutung als regelmäßige Voraussetzung des Erwerbes von Rechten an beweglichen Sachen (§§ 929, 932 ff., 1032, 1205, 1207, 1292; vgl. §§ 1117, 1154). Im zweiten Falle ist der Besitz, sofern nicht das Gesetz die Entziehung des Besitzes gestattet, durch verbotene Eigenmacht erlangt (§ 858 Abs. 1; §§ 992, 2025) und daher „fehlerhaft" (§ 858 Abs. 2).

b) Die Sache hat sich vorher in niemandes Besitze befunden, sei es, daß sie überhaupt noch keinen Besitzer gehabt hat, sei es, daß der frühere Besitzer den Besitz verloren hatte.

In allen vorbezeichneten Fällen wird der Besitz unter der im § 854 Abs. 1 bestimmten Voraussetzung erworben. Der § 854 Abs. 2 betrifft dagegen nur den Besitzerwerb mit Willen des bisherigen Besitzers.

Statt vom Erwerbe des Besitzes (§§ 934, 937, 955, 990, 991, 1007) spricht das Gesetz an anderen Stellen von der Erlangung des Besitzes (§§ 258, 926, 932, 934, 936, 940, 988, 1266, 2025). Für den Besitzerwerb finden sich auch die Ausdrücke: die Sache in Besitz nehmen (§§ 561, 867, 958, 984, 1373, 1443, 2205), Besitzergreifung (§§ 956—958), die Sache an sich nehmen (§§ 965, 978), sich den Besitz verschaffen (§ 992).

2. **Nach Abs. 1 ist einzige Voraussetzung des Besitzerwerbes die Erlangung der tatsächlichen Gewalt.** Um den Begriff der tatsächlichen Gewalt richtig zu bestimmen, ist zu beachten, daß, wie an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt der Erwerb, so an ihren Verlust die Beendigung des Besitzes (§ 856), also an das Bestehen der tatsächlichen Gewalt das Bestehen des Besitzes geknüpft ist. Tatsächliche Gewalt ist daher nicht gleich physischer Gewalt, körperlicher Herrschaft über die Sache mit der Möglichkeit, die Einwirkungen anderer auf die Sache abzuwehren; denn sonst würde z. B. der Besitz eines offenliegenden Grundstücks stets durch Abwesenheit des Besitzers beendigt werden. Auch der in den Motiven zur Kennzeichnung der „Inhabung" mehrfach gebrauchte Ausdruck „räumliche Herrschaft der Person über die Sache" ist nicht zutreffend. Tatsächliche Gewalt bezeichnet zunächst den Gegensatz zu einer rechtlichen, d. h. von der Rechtsordnung verliehenen Gewalt, wie solche z. B. der § 903 dem Eigentümer gewährt. Die zum Besitz erforderliche Gewalt ist eine Erscheinung des Gemeinschaftslebens, welche die Rechtsordnung als gegeben vorfindet. Das tatsächliche Moment, nach welchem sich das Vorhandensein dieser Gewalt bestimmt, ist die im Verkehre herrschende Auffassung. *Tatsächliche Gewalt ist die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache.* Für den an die tatsächliche Gewalt geknüpften Besitzbegriff des BGB. trifft hiernach zu, was *L. Goldschmidt*, Grundlagen der Besitzlehre, für den römischen Besitzbegriff aus den Quellen nachgewiesen hat, daß für ihn die durch wirtschaftliche, ethische, ja sogar rechtliche Momente bestimmte gesellschaftliche Anschauung maßgebend ist, daß für seine Ausgestaltung das moralische Band der Sitte und das zwingende Band des Rechtes wichtige Faktoren bilden, die manches ergänzen, was an der sinnlichen Herrschaft fehlt, und daß der Besitz in der Hauptsache ein Machtverhältnis ist, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint (S. 71, 72, 78; s. dazu **Kipp**, Z. f. HR. 52 S. 297, **Örtmann**, Arch. f.

Bürg. R. 20 S. 220 ff.; vgl. ferner L. Goldschmidt, Berliner Festgabe für Gneist S. 64). Diesem „idealisierten" Gewaltbegriffe wird Kniep S. 3 ff. nicht gerecht, wenn er das körperliche Verhältnis zwischen Mensch und Sache als den Schwerpunkt beim Besitzbegriffe betont (s. v. Blume, Z. f. HR. 52 S. 349). Die tatsächliche Gewalt ist hiernach zwar während ihrer ganzen Dauer begrifflich die gleiche. Dagegen sind die Anforderungen verschieden, die erfüllt sein müssen einerseits, damit die tatsächliche Gewalt erlangt wird, andererseits, damit die einmal erlangte Gewalt fortdauert. Deshalb kommt es für die Feststellung gegenwärtigen Besitzes auf die Prüfung des Erwerbes und des Nichtverlusts an, und aus diesem Grunde trifft das Gesetz nur Bestimmungen über den Erwerb und den Verlust des Besitzes.

Die Frage, ob und wann jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt hat, ist dem entwickelten Gewaltbegriff entsprechend nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden. In diesem Sinne sagen die Motive (Bd. III. S. 83), die Tatfrage, wann „Innehabung" anzunehmen sei, bleibe der richterlichen Beurteilung im einzelnen Falle freigelassen. Die Sache muß zu der Person in eine Beziehung gebracht sein, welche der Person nach der Verkehrsanschauung die Herrschaft über die Sache gewährt. Die Herstellung dieser Beziehung gestaltet sich bei beweglichen Sachen anders als bei Grundstücken, in den Fällen des Besitzerwerbes mit Willen des bisherigen Besitzers anders als in den sonstigen Fällen. Das Gesetz bietet, abgesehen von den Vorschriften des § 854 Abs. 2 und des § 855, für die richterliche Beurteilung keine Anhaltspunkte. Nur erhellt aus § 867, daß der Besitzer eines Grundstücks nicht als solcher ohne weiteres auch den Besitz einer auf das Grundstück gelangten beweglichen Sache erwirbt. Für die Entscheidung von Einzelfragen hat die reiche Kasuistik des römischen Rechtes auch jetzt noch bleibenden Wert (s. darüber bes. Goldschmidt, Grundlagen S. 163 ff., 229). Über das Besitzverhältnis bei der Stahlkammerfachmiete vgl. Heinrici, Gruch. 44 S. 829, der ausführt, daß trotz des Mitverschlusses des Vermieters (der Bank) der Mieter allein den unmittelbaren Besitz des Faches &c. erlange (ebenso Wilutzky, DJZ. 1900 S. 295); richtiger ist gemeinschaftlicher unmittelbarer Besitz der Bank und des Kunden anzunehmen (ebenso Hauke, DJZ. 1900 S. 389; Wolff, Jherings Jahrb. 44 S. 150, Anm. 15, Biermann, Erl. 1 zu § 866). Nach Rspr. 5 S. 148 genügt zum Erwerbe des Besitzes von verkauften Hölzern, die auf dem nicht stets zugänglichen Holzplatze des Verkäufers bleiben, deren Aussonderung, Vorzeigung und Zeichnung nicht. Über und gegen den Erwerb durch Zeichnen s. Goldschmidt, Grundlagen S. 198, Riedinger, Der Besitz an gepfändeten Sachen 1903 S. 70 ff., über Besitzerwerb durch Bestellung eines Aufsehers Rspr. 7 S. 42.

Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt genügt zum Besitzerwerb. Ein auf die Erlangung der Gewalt gerichteter Wille des Erwerbers ist nur insoweit erforderlich, als ohne ihn nicht zwischen der Person und der Sache eine Beziehung hergestellt sein würde, welche nach der Verkehrsanschauung die Herrschaft der Person über die Sache begründet (vgl. z. B. den Fall des § 867). Tatsächlich bildet hiernach der Besitzerwerb mit Willen des Erwerbers die Regel. Dagegen ist der vorbezeichnete Wille des Erwerbers nicht ein selbständiges gesetzliches Erfordernis des Besitzerwerbes neben der Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Daß dies der Standpunkt des Gesetzes ist, wird durch die Entstehung des § 854 Abs. 1 bestätigt. Der E. I § 797 erforderte gleichfalls zur „Inhabung" nicht einen Inhabungswillen, um nicht für manche Fälle, in denen eine Sache in den Machtbereich einer Person gelangt ist, ein Inhabungswille aber auch bei laxer Auffassung dieses Erfordernisses nicht angenommen werden kann, den notwendigen possessorischen Schutz zu versagen und außerdem die Inhabung des Kindes und des Wahnsinnigen vollständig schutzlos zu machen (M. III S. 81). Daß Kinder und Wahnsinnige den rechtlich geschützten Zustand der Inhabung durch eigene Handlungen herbeiführen können, erkannten die Motive ausdrücklich an (S. 85). Die zweite Kommission ferner lehnte einen Antrag ab, welcher dem im § 854 Abs. 1 enthaltenen Satze die Worte hinzufügen wollte: „wenn der Erwerber den Willen hat, die Sache in seiner Gewalt zu haben". Die Mehrheit nahm an, die Aufstellung des Willenserfordernisses im Gesetze sei für die Fälle entbehrlich, in denen die Herstellung der tatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich ist, für die Fälle aber bedenklich, in denen ein Erwerbswille desjenigen, welcher den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hilfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruieren sei; auch die sich aus dem Willenserfordernisse ergebende Unfähigkeit rechtlich willensunfähiger Personen zum Besitzerwerbe sei nicht unbedenklich. Die zweite Kommission strich daher auch den § 800 Abs. 1 des E. I, welcher besagte, daß eine geschäftsunfähige Person nicht durch eigene Handlungen „Besitz" erwerben könne, und zwar deshalb, weil diese Vorschrift

sich auf den Besitz im Sinne des E. II nicht allgemein anwenden lasse. Diesen Materialien schließt sich die Denkschrift an. Das Gesetz schließt hiernach unzweifelhaft weder einen Besitzerwerb ohne Willen noch einen Besitzerwerb durch Geschäftsunfähige aus (ebenso Strohal S. 66 ff., 71 ff., 75 ff., Gierke S. 4 Anm. 4; Dernburg S. 55; Bartels S. 654 f.; Leske S. 356; Männer S. 95; Biermann, Kober zu § 854, Kniep S. 69, Windscheid-Kipp Bd. I S. 691; Raape S. 8; a. A. Endemann Bd. II S. 154 § 37, der sich gegenüber den auch oben angeführten Materialien auf den Beschluß der Reichstagskommission zu E. III § 101 beruft und behauptet, nach der Auffassung der Hälfte der Kommissionsmitglieder sei den Kindern durch BGB. § 104 der Besitzerwerb versagt, während nach den KB. S. 1952 diese Auffassung nur von einer Seite als möglich hingestellt wurde). Der Versuch Franks S. 17 ff., in allen Fällen des Besitzerwerbes, z. B. auch dem der Ablieferung unbestellter Sachen in der Wohnung des abwesenden Adressaten, einen Erwerbswillen nachzuweisen, erscheint ebenso mißlungen wie der von Affolter S. 1 ff. unternommene Nachweis, daß in den Fällen scheinbaren Fehlens des Erwerbswillens dieser in Wahrheit nur nachträglich und mit rückwirkender Kraft eintritt.

In welchen Fällen Besitzerwerb ohne Willen des Erwerbers anzunehmen ist, bestimmt sich grundsätzlich nach der Verkehrsanschauung. Nur bewegliche Sachen werden dabei in Betracht kommen. Mechanische Regeln lassen sich nicht aufstellen; insbesondere verschafft der Umstand, daß eine Sache in den von einem anderen besessenen Raum gelangt, nicht ohne weiteres dem anderen ohne seinen Willen den Besitz der Sache (vgl. § 867; Strohal S. 74). Auch die Ansicht Raapes, daß zum Besitzerwerb ohne Willen das Gelangen einer Sache in den Machtbereich (nicht den bloßen Bereich) des Erwerbers in Verbindung mit der Besitzzuwendungsabsicht des Zuwenders oder des Gesetzes erforderlich sei (S. 41 ff., 51 ff.), führt zu unrichtigen Ergebnissen, indem sie namentlich den Besitzerwerb von der Rechtsgültigkeit des Kausalgeschäfts abhängig macht (S. 63 ff.). Über die einzelnen Fälle gehen die Ansichten auseinander (Strohal S. 71, Kniep S. 96, Raape S. 55 ff., 70 ff., Gärtner S. 130 ff.). Praktisch kommt namentlich der Besitzerwerb an unbestellt zugesandten Sachen in Frage. Dieser dürfte nach der Verkehrsanschauung schlechthin zu bejahen sein.

Bei dem Besitzerwerbe Geschäftsunfähiger (Kinder, Geisteskranker) durch eigenes Handeln hat die Anerkennung eines Besitzerwerbes ohne Willen die Bedeutung, daß der ihnen anhaftende Mangel eines rechtswirksamen Willens dem Besitzerwerbe nicht entgegensteht. Sie können aber Besitz durch eigenes Handeln nur nach dem Maße ihrer tatsächlichen Willensfähigkeit erwerben (Gierke S. 4 Anm. 4; Frank S. 36 ff.; Raape S. 62; Kniep S. 96).

Daß eine nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person durch eigene Handlungen Besitz erwerben kann, sprach der § 800 Abs. 2 des E. I besonders aus; die zweite Kommission hat diese Vorschrift als selbstverständlich gestrichen (P. II Bd. 3 S. 33).

3. Der Abs. 2 soll für den Fall des Besitzerwerbes mit Willen des bisherigen Besitzers **einer zu engen Auffassung des Abs. 1,** insbesondere des Erfordernisses der Erlangung der tatsächlichen Gewalt, **vorbeugen.** Dies ergibt zunächst die Entstehung. Der E. I § 803, dessen Abs. 2 die Vorschrift entstammt, bestimmte im Abs. 1, daß der „Besitz“ einer Sache mittels Übergabe erworben werde, wenn er von dem bisherigen Besitzer dem Erwerber eingeräumt und von diesem ergriffen werde. Hierzu bemerkten die Motive (III S. 93): Unter Ergreifen des Besitzes sei die Kundgebung des Besitzwillens verstanden, welche gerade mit Bezug auf die Einräumung des Besitzes erfolgt und mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt verbunden ist. Die letztere Seite des Vorganges bleibe im allgemeinen auch hier der freien richterlichen Würdigung vorbehalten. Nur in einer Richtung sei eine Bestimmung erläuternder Natur für zweckmäßig erachtet worden, nämlich die des § 803 Abs. 2. Die Frage der Erlangung der tatsächlichen Gewalt werde bei dem konsensualen Besitzwechsel einer anderen Beurteilung unterliegen als im Falle der Besitzentziehung. Im ersteren Falle sei eine Zuschreibung der tatsächlichen räumlichen Herrschaft an den Empfänger schon dann innerlich begründet, wenn beide Teile zu dem Einverständnisse gelangt seien, daß die tatsächliche Gewalt nunmehr bei dem Empfänger sein solle, sofern der unmittelbaren wirklichen Ausübung dieser Gewalt kein Hindernis im Wege stehe. Eine an der Sache selbst vorgenommene Besitzhandlung sei nicht erforderlich. Die zweite Kommission strich den § 803 Abs. 1 als selbstverständlich, behielt dagegen den Abs. 2 sachlich unverändert bei. Daß der Vorschrift eine andere Bedeutung beigelegt werden sollte, als sie im E. I hatte, dafür fehlt jeder Anhalt (s. auch D. S. 653).

Die Auffassung, daß der § 854 Abs. 2 nur eine erläuternde Anwendung des Abs. 1 enthält, wird aber auch durch den § 856 bestätigt. Würde auf dem im § 854 Abs. 2 vorgesehenen Wege der Erwerber nicht die tatsächliche Gewalt erlangen, so würde es an einer Bestimmung darüber fehlen, wie der von ihm erworbene Besitz beendigt wird.

Der § 854 Abs. 2 bedeutet also: Zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt (und folgeweise zum Besitzerwerbe) genügt es bei einer bisher im Besitz eines anderen befindlichen Sache, wenn der bisherige Besitzer und der Erwerber darüber einig sind, daß der Erwerber die Gewalt erlangen soll, und wenn dieser außerdem in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben; nicht erforderlich ist wirkliche Ausübung der Gewalt durch den Erwerber. Das Gesetz läßt im § 854 Abs. 2 nicht für einen bestimmten Fall einen Besitzerwerb ohne oder ohne vollständige Erlangung der tatsächlichen Gewalt zu, sondern bezeichnet für diesen Fall nur ausnahmsweise einen bestimmten Tatbestand als zu der Feststellung genügend, daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt erlangt habe (ebenso Windscheid-Kipp Bd. I S. 690). Der Satz, daß die Verkehrsanschauung über die Erlangung der tatsächlichen Gewalt entscheidet, erfährt somit durch den § 854 Abs. 2 nicht eine Einschränkung, sondern eine Bestätigung, da diese Vorschrift nur aussprechen will, übrigens auch nur ausspricht, was in dem besonderen Falle der Verkehrsanschauung entspricht.

a) Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers hat im § 854 Abs. 2 eine weitergehende Bedeutung als in dem Falle, daß sich der konsensuale Besitzwechsel durch sofortige Ausübung der Gewalt seitens des Erwerbers vollzieht. Während im letzteren Falle die Einigung nur Voraussetzung des konsensualen Besitzerwerbes ist, bildet sie im Falle des § 854 Abs. 2 zugleich eine Voraussetzung des Besitzerwerbes überhaupt. Dennoch erscheint es nicht unzweifelhaft, ob die hier fragliche Einigung ein Rechtsgeschäft, d. i. eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges (nämlich des Besitzwechsels), welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist (Vorbm. I zum 3. Abschn. des I. Buches, Bd. I S. 179), ein Vertrag ist, wie die herrschende Meinung annimmt (Strohal S. 81, Endemann Bd. II § 35 A. 24, Biermann, Kober, Turnau-Förster zu § 854 Abs. 2, Kutep S. 93; dagegen Männer S. 97; vgl. M. III S. 91). Jedenfalls aber handelt es sich bei dieser Einigung um rechtlich erhebliche Erklärungen, bei denen sich eine entsprechende Anwendung der bezeichneten Vorschriften, namentlich der Bestimmungen über den Einfluß von Geschäftsunfähigkeit und Willensmängeln, über Bedingung und Zeitbestimmung sowie über Vertretung, rechtfertigt. Auch die Vorschriften über den Vertragsantrag und dessen bindende Kraft erscheinen von der entsprechenden Anwendung nicht ausgeschlossen, so daß der Besitzerwerb bei Vorhandensein seiner zweiten Voraussetzung durch rechtzeitige Annahme des Antrags trotz erklärten Widerrufs sich vollendet (Windscheid-Kipp Bd. I S. 737; a. A. Biermann, Erl. 7). Die Einigung muß erfolgen zwischen dem bisherigen unmittelbaren Besitzer, mag dieser Eigenbesitzer sein oder zu anderem Zwecke besitzen, im Falle des § 855 zwischen dem Besitzherrn, nicht dem Besitzdiener, einerseits und dem Erwerber andererseits. Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und einem Dritten zu Gunsten des Erwerbers genügt nicht; abgesehen von anderen Bedenken gegen die gesetzliche Zulässigkeit eines solchen Vertrags zu Gunsten eines Dritten ist im Falle des § 854 Abs. 2 nach dem Wortlaut und dem Grunde der Vorschrift der eigene Wille des Erwerbers zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt notwendig (ebenso Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 53, Biermann, Kober; a. A. Strohal S. 86, Leonhard S. 58).

Eine ausreichende Erklärung der hier erforderten Einigung wird bei Grundstücken, bezüglich deren der Erwerber zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt in der Lage ist, schon in der Auflassung gefunden werden müssen, falls nicht ausnahmsweise ersichtlich ist, daß der Veräußerer den Besitz noch nicht übertragen will.

b) Der Erwerber muß in der Lage sein, die Gewalt über die Sache auszuüben. Die Gewalt des bisherigen Besitzers darf sich nicht in einer Weise betätigen, welche für den Erwerber die Möglichkeit der Gewaltausübung ausschließt. Die Vorschrift ist daher nur anwendbar, wenn auch der bisherige Besitzer seine Gewalt nicht wirklich ausübt, sondern nur auszuüben in der Lage ist. Ein solches äußeres Verhältnis des bisherigen Besitzers zur Sache steht, wenn die Einigung erfolgt, dem Erwerbe des Besitzes durch den anderen Teil nicht entgegen. Umstände, die vor der Einigung nicht die Fortdauer des bisherigen Besitzes gehindert haben, hindern nach der Einigung auch nicht den Erwerb des Besitzes, z. B. Abwesenheit, Krankheit, eine ihrer Natur nach vorübergehende objektive Verhinderung der Gewaltausübung

(ebenso Strohal S. 90; a. A. bezüglich der vorübergehenden Verhinderung Cosack S. 74 Biermann Erl. 7). Räumliche Nähe der Sache ist nicht erforderlich. Verneint ist die hier fragliche Voraussetzung in Rspr. 4 S. 295.

Wegen des zweiten Erfordernisses ist eine Rechtsnachfolge in den Besitz des bisherigen Besitzers im Falle des Abs. 2 gegen Strohal S. 59 ff. und Lessing, Die Rechtsnachfolge nach bürgerlichem Recht 1903 S. 64, nicht anzunehmen (ebenso Windscheid-Kipp Bd. I S. 697, Kniep S. 108).

4. **Gegenstand des Besitzes** können Sachen, Grundstücke und bewegliche Sachen, insoweit sein, als nach der Verkehrsanschauung die „tatsächliche Gewalt" über sie erlangt werden kann. Die im E. I § 798 ausgesprochenen Sätze, daß Besitz einer Sache nur insoweit möglich ist, als Eigentum an der Sache möglich ist, und daß insbesondere an wesentlichen Bestandteilen einer Sache ein von dem Besitze der Sache abgesonderter Besitz nicht stattfindet, hatten nur den „Besitz" im Sinne des E. I als Voraussetzung von Eigentumsnormen im Auge. Für den Besitz im Sinne des BGB. gelten sie so wenig wie für die „Inhabung" des E. I (M. III S. 83, 84; P. II Bd. 3 S. 33). Daß namentlich trotz § 93 Teile einer Sache, auch soweit sie wesentliche Bestandteile sind, Gegenstand besonderen Besitzes sein können, ist im § 865 ausdrücklich anerkannt. Ob an einem Teile einer Sache oder an einer Sache, die mit einer anderen verbunden ist, ohne dadurch wesentlicher Bestandteil geworden zu sein, ein besonderer Besitz besteht, darüber entscheiden nicht Rechtssätze, sondern die Verkehrsanschauung; nur für die Ermittelung der letzteren können mit Rücksicht auf die Wechselwirkung, die zwischen ihr und dem Rechte besteht, auch Rechtssätze herangezogen werden (vgl. Dernburg § 15 Nr. 3 und insbesondere bezüglich der Fälle des § 95 Strohal S. 34 ff.). Zulässig ist ein gesonderter Besitz an Gebäuden auf fremdem Grundstück (Windscheid-Kipp Bd. I S. 693). Auch an ungetrennten Früchten kann Besitz erworben werden, wenn dem Erwerber die Verfügungsgewalt über sie verschafft wird, wie z. B. beim Verkaufe von stehenden Bäumen eines offenen Waldes zum Abholzen durch Anschlagen mit dem Forsthammer (Dernburg a. a. O.; Josef S. 267; a. A. Kniep S. 69).

Sachgesamtheiten sind nicht als solche Gegenstand des Besitzes. Der Erwerb des Besitzes einzelner zu einer Sachgesamtheit (Warenlager) gehörender Sachen erfordert individuelle Bestimmung der Sachen, so daß der Erwerber ohne weitere Bezeichnung und Aussonderung die tatsächliche Gewalt über sie ausüben kann (RG. 52 S. 386).

Zubehör folgt bezüglich des Besitzerwerbes nicht notwendig der Hauptsache, sondern unterliegt selbständiger Beurteilung.

5. **Über die Zulässigkeit eines Erwerbes des unmittelbaren Besitzes durch Mittelspersonen** enthält das Gesetz keine allgemeine Bestimmung. Wenn der E. I § 801 auf den Besitzerwerb durch Vertreter die Vorschriften über den rechtsgeschäftlichen Erwerb durch Vertreter für entsprechend anwendbar erklärte, so war hierbei an den Besitz im Sinne des E. I und an die Vertretung im Besitzwillen gedacht, nicht an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Vertreter für den Vertretenen. Inwieweit jemand durch die Handlung eines anderen als seines Werkzeugs die tatsächliche Gewalt erlangen könne, bezeichneten die M. II S. 86 als eine Frage der natürlichen Zurechnung fremder Rechtshandlungen. Die zweite Kommission hat den § 801 des E. I gestrichen (P. II Bd. 3 S. 33). Sie nahm an, daß zwar auch bei dem Erwerbe des Besitzes im Sinne ihrer Beschlüsse insoweit, als zu dem Erwerbe der Erwerbswille erforderlich sei, eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über Vertretung zulässig sein werde, daß sie sich aber insoweit von selbst verstehe. In dem Protokoll ist nur der Besitzerwerb durch Besitzdiener (§ 855) als Anwendungsfall erwähnt. Ebenso wird aber auch z. B. im Falle des § 854 Abs. 2 eine Vertretung des Erwerbers bei der „Einigung" in Betracht kommen können.

Ob im übrigen eine Person durch die Handlung eines anderen die tatsächliche Gewalt erlangt, ist im allgemeinen nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden. Für bestimmte praktisch besonders wichtige Fälle enthält der § 855 eine ausdrückliche Vorschrift (Erl. 2 zu § 855). Zweifelhaft ist, ob auch in anderen Fällen der Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch einen anderen möglich ist, insbesondere ob, wenn der Vorstand einer juristischen Person für diese den Besitz eines Grundstücks und der darauf befindlichen beweglichen Sachen erwirbt, die juristische Person unmittelbarer Besitzer wird. Der Vorstand ist nicht Besitzdiener der juristischen Person im Sinne des § 855, denn er steht zu der juristischen Person nicht in einem Verhältnisse der im § 855 bezeichneten Art (a. A. Dernburg § 14 Nr. 17, Windscheid-Kipp Bd. I S. 692). Die Entscheidung der Frage hängt also davon ab, ob man nach der Verkehrsauffassung in einem Falle der fraglichen Art einen unmittelbaren Besitz der juristischen Person anzunehmen hat (s. Strohal S. 15, 16) oder

§. 855. Uebt Jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältniß aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer.

---

ob der Vorstand den unmittelbaren Besitz für sich, für die juristische Person aber den mittelbaren Besitz erwirbt. Für die erstgedachte Auffassung sprechen überwiegende Gründe (ebenso Gärtner S. 157, Kober Erl. IV 3 zu § 854, Rspr. 5 S. 148; a. A. Bendix S. 46). Die Ansicht von Kniep S. 51 ff., daß der unmittelbare Besitz bei einfachen Vereinen den jeweiligen Mitgliedern, bei anderen juristischen Personen den gesetzlichen Vertretern als sog. Besitzträgern zuzuschreiben sei, dürfte der Verkehrsanschauung nicht entsprechen. Zu weit aber geht die Ansicht von Förtsch, Gruch. 43 S. 545 ff., daß, wenn gesetzliche Vertreter für die von ihnen vertretene Person die tatsächliche Gewalt ausüben, immer nur die vertretene Person unmittelbarer Besitzer sei. Der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins, der Inhaber der elterlichen Gewalt, der Vormund, der eine für den Verein, das Kind, den Mündel erworbene oder ihnen gehörende bewegliche Sache an sich nimmt, erwirbt selbst unmittelbaren Besitz, der Vertretene hat nur mittelbaren Besitz nach § 868 (ebenso Leonhard S. 62, 63, Rspr. 4 S. 148, für den Vormund und Pfleger Dernburg § 14 Nr. 6, Windscheid-Kipp Bd. I S. 692, 693; vgl. auch Endemann § 31 Nr. 4 d, e). Durch andere Mittelspersonen als gesetzliche Vertreter kann außer den Fällen des § 855 nur mittelbarer Besitz erworben werden (vgl. darüber Regelsberger, Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen, Jherings Jahrb. 44 S. 422 ff.).

Möglich ist, daß ein anderer bei dem Erwerbe des unmittelbaren Besitzes als bloßes mechanisches Erwerbswerkzeug mitwirkt (Regelsberger a. a. O. S. 394).

6. Die **brevi manu traditio** kommt nach dem BGB. nicht mehr als Art des Besitzerwerbes in Betracht. In den bisherigen Anwendungsfällen dieser Erwerbsart ist der Erwerber nach dem BGB. bereits unmittelbarer Besitzer. Eine Übertragung des unmittelbaren Besitzes erübrigt sich daher namentlich auch für die Fälle, in welchen die Übergabe als Erfordernis für den Erwerb von Rechten an beweglichen Sachen aufgestellt ist. Dem entspricht die Vorschrift des § 929 Satz 2 (vgl. § 1032 Satz 2, § 1117 Abs. 1 Satz 2, § 1205 Abs. 1 Satz 2). Eine Änderung des Besitzverhältnisses tritt in den hier fraglichen Fällen nur dann ein, wenn bisher ein mittelbarer Besitz bestanden hat; dieser hört auf (Windscheid-Kipp Bd. I S. 690). Nicht um eine brevi manu traditio, sondern um eine Anwendung des § 854 Abs. 2 handelt es sich bei der Übertragung des Besitzes seitens des Besitzherrn auf einen Besitzdiener (a. A. Kniep S. 247).

Das **constitutum possessorium** behandelt das BGB. gleichfalls nur als Ersatz der Übergabe bei dem Erwerbe des Eigentums und des Nießbrauchs, nicht dagegen des Pfandrechts an einer beweglichen Sache (§ 930, § 1032 Satz 2, § 1205; s. auch § 1117 Abs. 1 Satz 2). Eine Änderung des Besitzverhältnisses tritt hier immer insofern ein, als zur Wirksamkeit des constitutum eine Vereinbarung gehört, durch die für den Veräußerer mittelbarer Besitz begründet wird.

§ 855.

E. II § 778 rev. § 840; III § 839. P. II Bd. 3 S. 31 ff.; Bd. 6 S. 219. D. S. 653.

1. **Entstehung. Zweck.** Der § 855 ist von der zweiten Kommission im Anschluß an einen Vorschlag des preußischen Justizministers aufgenommen, um Mißverständnisse, zu denen der E. I geführt hatte, abzuschneiden (vgl. Vorbm. 2 zu diesem Abschnitt). Er bezweckt, wie in der Begründung des Kommissionsbeschlusses an die Spitze gestellt ist, nicht eine Änderung, sondern eine Ergänzung und Erklärung des § 854. Im weiteren Fortgange der Begründung ist dieser Standpunkt zwar nicht streng festgehalten. Vielmehr werden die im § 855 hervorgehobenen Fälle als Ausnahmen von dem Grundsatze bezeichnet, daß jeder, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt habe, als Besitzer anerkannt werde; die Fälle des § 855 werden als solche gekennzeichnet, in denen kraft eines besonderen rechtlichen Umstandes der tatsächliche Besitz des einen auf einen anderen bezogen werde. Indessen kommt diesen Erörterungen maßgebende Bedeutung nicht zu. Versteht man unter Erlangung der tatsächlichen Gewalt die Herstellung einer tatsächlichen Beziehung zwischen der Person und der Sache, welche nach der Verkehrsanschauung der Person die Herrschaft über die Sache verleiht, so ist mindestens für die nächstliegenden Anwendungsfälle des § 855 ohne weiteres klar, daß die dort bezeichneten Personen

nicht die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangen. Dies gilt z. B. für die Köchin, der von der Dienstherrschaft Kochgeschirr zum Gebrauch überlassen ist, von dem Kutscher, der mit dem Wagen der Herrschaft diese auf der Straße erwartet; die Herrschaft verliert durch die Überlassung des Kochgeschirrs und des Wagens an die Köchin oder den Kutscher nach der Verkehrsanschauung nicht die Gewalt über diese Sachen. Daß aber in allen Fällen des § 855 dem „Besitzer" auch die tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 Abs. 1 zugeschrieben werden muß, folgt aus § 856; denn wenn der Besitzer im Sinne des § 854 nicht die tatsächliche Gewalt hätte, so würde auf seinen Besitz die einzige Bestimmung über die Beendigung des Besitzes, die des § 856, nicht anwendbar sein. Nicht eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 854 Abs. 1 enthält also der § 855, sondern eine Erläuterung dieses Grundsatzes (ebenso Endemann § 33, Gärtner S. 139; a. A. Biermann Erl. 1 zu § 855, Leonhard S. 63, Windscheid-Kipp Bd. I S. 691, Thiesing, Arch. f. Bürg. R. S. 240, Raape S. 7, Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. 1900 S. 281).

Als technische Bezeichnung für die im § 855 gedachten Personen hat das von Bekker, Besitz beweglicher Sachen S. 26, vorgeschlagene Wort „Besitzdiener" den Vorzug der Priorität für sich. Das Verhältnis der Besitzdiener zur Sache nennt Strohal S. 5 unselbständige Innehabung; doch reicht dieser Begriff nach seiner Ansicht über die Fälle des § 855 hinaus. Kniep S. 35 ff. bezeichnet das fragliche Verhältnis als Innehabung der Hausgenossen und stellt dieser Art der Innehabung die zufällige (insbes. im Falle des § 867) und eine auf Vertrag beruhende an die Seite. Mißverständlich erscheint der für das Verhältnis der Besitzdiener von Dernburg § 14 gebrauchte Ausdruck „Gewahrsam"; im Sinne der §§ 808, 809, 886 der CPO. hat jedenfalls regelmäßig nicht der Besitzdiener, sondern der Besitzherr den Gewahrsam.

2. **Bedeutung.** Der § 855 enthält zwar nicht seiner Fassung, wohl aber seinem Sinne nach Bestimmungen über den Erwerb und den Verlust des Besitzes, nämlich dahin, daß der Besitzherr durch den Besitzdiener den Besitz erwirbt und daß er durch die Überlassung der Sache an den Besitzdiener den Besitz nicht verliert. Beide Sätze haben das Bestehen eines Besitzdienerverhältnisses zur Voraussetzung.

Besitzdiener ist, wer bezüglich einer Sache vermöge seines Abhängigkeitsverhältnisses zu einem anderen nach der Auffassung des Verkehrs nicht eine ihm zustehende Gewalt, sondern die dem anderen zustehende Gewalt ausübt. Den entscheidenden Maßstab für die Feststellung des Tatbestandes bildet also auch hier die Verkehrsanschauung.

Als die praktisch wichtigsten Arten der in Betracht kommenden Abhängigkeitsverhältnisse hebt das Gesetz die Tätigkeit im Haushalt oder im Erwerbsgeschäft eines anderen hervor. Haushalt (vgl. auch § 196 Abs. 1 Nr. 2, §§ 1361, 1618, 1620 2c.) ist nicht gleichbedeutend mit Hausstand (§§ 1618, 1619). Die im Haushalte tätigen Personen brauchen nicht dem Hausstande, der häuslichen Gemeinschaft (§§ 617, 618, 2028) des Haushaltsvorstandes anzugehören; als Besitzdiener kommen daher nicht nur die zum Hausstande gehörenden Familienangehörigen (§ 1969) und Dienstboten, sondern auch vorübergehend im Haushalte beschäftigte Personen, z. B. Aufwartefrauen, Lohndiener 2c., in Betracht. Die Tätigkeit im Haushalte beschränkt sich ferner nicht auf die Beschäftigung in den Räumen des Haushaltsvorstandes (a. A. Kniep S. 241 f.). Ebensowenig darf das Besitzdienerverhältnis auf die anderwärts technisch sog. Haushaltsgegenstände (§§ 1382, 1640, 1932, 1969) eingeschränkt werden. Auf Sachen, die der Dienstherr sich zu persönlicher Verfügung vorbehalten hat, erstreckt sich aber das Besitzdienerverhältnis regelmäßig nicht (Rspr. 2 S. 150). Erwerbsgeschäft umfaßt auch hier jede regelmäßige auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, mag sie in dem Betrieb eines Handwerkes, eines industriellen Unternehmens, des Handels, der Landwirtschaft oder eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufs bestehen (Bd. I S. 199 Erl. 2 zu § 112). Die Tätigkeit im Erwerbsgeschäfte beschränkt sich nicht auf die Geschäftsräume. So hat z. B. der Handlungsreisende hinsichtlich der Muster, Musterkoffer 2c. des Prinzipals nur die Stellung eines Besitzdieners (D. z. HGB. S. 60). Ein dauerndes Dienstverhältnis ist nicht vorausgesetzt; auch ein Tagelöhner kann Besitzdiener sein (Seuff. A. 57 S. 60).

Den Beispielen des Haushalts und des Erwerbsgeschäfts stellt der § 855 ähnliche Verhältnisse, vermöge deren jemand den sich auf die Sache beziehenden Weisungen eines anderen Folge zu leisten hat, an die Seite. Statt von einem „ähnlichen Verhältnisse" sollte nach dem ursprünglichen Beschlusse der zweiten Kommission von einem „sonstigen Abhängigkeitsverhältnisse" gesprochen werden. Im E. II § 778 war aber nur von einem „sonstigen Verhältnisse" die

Rede. Da man von dieser Fassung Mißverständnisse in Bezug auf die Abgrenzung des § 855 gegenüber dem § 868 fürchtete, beschloß man bei der Revision statt von einem „sonstigen" von einem „ähnlichen" Verhältnisse zu sprechen. Eine sachliche Änderung gegenüber dem ersten Beschlusse war mit keiner dieser Wandlungen des Ausdrucks bezweckt. Gemeint ist also ein Verhältnis, welches den Verhältnissen des Haushalts und des Erwerbsgeschäfts darin ähnlich ist, daß jemand in Bezug auf die Sache den Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Das letztere Erfordernis ist nicht schon dann erfüllt, wenn derjenige, welcher die Gewalt über eine Sache ausübt, einem anderen gegenüber obligatorisch verpflichtet ist, dessen Weisungen zu folgen, wie regelmäßig der Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber (§ 665). Notwendig ist vielmehr, daß der die Gewalt Ausübende die Ausübung auf Verlangen des anderen ohne weiteres diesem zu überlassen hat und daß auch ohne seinen Willen der andere ihm die Ausübung ohne gerichtliche Hilfe entziehen kann. Ob das Verhältnis so beschaffen ist, bestimmt sich wieder nach der Verkehrsanschauung. Das Verhältnis kann ein Rechtsverhältnis sein, und zwar ein solches des Privatrechts (Gesindeverhältnis, sonstiges Dienstverhältnis ꝛc.) oder des öffentlichen Rechtes (Beamten-, Militärdienstverhältnis). Notwendig ist aber das Bestehen eines Rechtsverhältnisses für das Besitzdienerverhältnis nicht (ebenso Biermann Erl. 2 b zu § 855, a. A. Gärtner S. 140); es ist daher nicht zutreffend, wenn in den P. II Bd. 3 S. 32 gesagt ist, der § 855 stelle auf ein Rechtsverhältnis ab. Nicht nur ist die Unwirksamkeit eines beabsichtigten Rechtsverhältnisses, etwa des Gesindeverhältnisses wegen mangelnder Zustimmung oder Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters, ohne Einfluß auf das Bestehen des Besitzdienerverhältnisses; sondern es genügt zu einem solchen auch z. B. eine auf bloßer Gefälligkeit beruhende Tätigkeit im Haushalt eines anderen. Erforderlich ist nur das objektive Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses der bezeichneten Art, nicht seine äußere Erkennbarkeit, die typische Offenkundigkeit des Fehlens der Verfügungsgewalt (a. A. Gärtner S. 140, Isay S. 286, 352). Wesentlich erscheint dagegen, daß der Besitzdiener unter dem regelmäßigen, tatsächlichen, unmittelbaren Einflusse des Besitzherrn steht (Grützmann S. 327 f.); denn durch eine solchen Einfluß ausschließende dauernde Entfernung vom Besitzherrn wird die Herrschaft des letzteren über die Sache nach der Verkehrsanschauung aufgehoben, der Besitz also nach § 856 verloren.

Wer die Gewalt über eine Sache in einem Verhältnisse der bezeichneten Art ausübt, übt nicht eine ihm selbst zustehende Gewalt, sondern die Gewalt des anderen aus. Dies ist der Sinn der Worte „die tatsächliche Gewalt für einen anderen ausüben". Sie bezeichnen weder den Willen des Ausübenden, die Gewalt für den anderen auszuüben, denn dieser Wille ist unerheblich und ein gegenteiliger Wille schließt für sich allein das Besitzdienerverhältnis nicht aus (P. II Bd. 3 S. 36); noch bedeuten jene Worte die Ausübung der Gewalt im Interesse des anderen. Der als Gast Eingeladene z. B. übt die Gewalt über die Teller, Messer und Gabeln, die ihm zum Gebrauche beim Essen gegeben werden, im eigenen Interesse aus und ist doch Besitzdiener im Sinne des § 855. Immer aber wird vorauszusetzen sein, daß der die Gewalt Ausübende nicht ein eigenes, von den Weisungen des anderen unabhängiges Recht zu der Benutzung der Sache hat und auf Grund dieses Rechtes die Gewalt für sich ausübt. So dürfte z. B. der Gast, der sich in einem Wirtshaus eine Speise gegen Bezahlung bestellt, wenn ihm die Speise geliefert wird, Besitz nicht nur an der Speise selbst, sondern auch an dem Teller, auf dem ihm die Speise gebracht wird, und an dem Messer und der Gabel, die ihm zum Gebrauche geliefert werden, erlangen (a. A. Biermann Erl. 2 a zu § 855). Durch den in der Bestellung und deren Annahme liegenden Vertrag hat der Gast ein Recht auf die Benutzung des Tellers, des Messers und der Gabel während der zum Essen erforderlichen Zeit erworben und übt die ihm auf Grund dieses Vertrags eingeräumte Gewalt über die Geräte in Ausübung seines Rechtes für sich, nicht für den Wirt aus. Er ist zwar verpflichtet, die Geräte nach der Benutzung zurückzugeben, aber diese Verpflichtung schließt seinen Besitz ebensowenig aus, wie der Besitz des Mieters an der gemieteten Sache durch dessen Verpflichtung zur Rückgabe der Sache nach der Beendigung der Miete ausgeschlossen wird. Anders liegt das Verhältnis in Beziehung auf eine in dem Gastzimmer ausliegende Zeitung, die der Gast, während er auf das Essen wartet, hinnimmt. Hier wird man vielleicht in Beziehung auf die Zeitung ein Verhältnis der im § 855 bestimmten Art anzunehmen haben. Entscheidend für diese wie für manche ähnliche Fragen muß immer die Verkehrsauffassung sein (s. auch Strohal S. 11).

Die Worte „für einen anderen" stellen insbesondere außer Zweifel, daß, wer im Haushalt oder im Erwerbsgeschäft eines anderen die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, bezüglich der Sache nicht unbedingt, sondern nur dann Besitzdiener ist, wenn er die Gewalt des anderen

§. 856. Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache aufgiebt oder in anderer Weise verliert.

Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt.

---

ausübt, daß also z. B. ein Dienstbote in betreff seiner eigenen Sachen, die er in der Wohnung der Herrschaft hat, nicht Besitzdiener, sondern selbst Besitzer ist.

3. **Besitzschutz** genießt der Besitzdiener dem Besitzherrn gegenüber nicht. Vielmehr begeht er durch Vorenthaltung der Sache diesem gegenüber verbotene Eigenmacht; ein Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu (P. II Bd. 3 S. 32). Dritten gegenüber bestimmen sich die Befugnisse des Besitzdieners in Bezug auf den Besitzschutz nach § 860.

§ 856.

E. I §§ 806, 810; II § 779 rev. § 841; III § 840. M. I S. 3429 ff., 3434 f. M. III S. 102 ff. P. II Bd. 3 S. 27, 34 ff. D. S. 653.

1. Der wesentliche **Inhalt des § 856** beschränkt sich auf den Satz, daß der unmittelbare Besitz durch Verlust der tatsächlichen Gewalt beendigt wird. Erläuternd ist hinzugefügt im Abs. 1, daß der Verlust durch Aufgeben der Gewalt oder in anderer Weise eintreten kann, und im Abs. 2, daß eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nicht deren Verlust zur Folge hat.

2. **Zum Aufgeben der tatsächlichen Gewalt** oder, wie es an anderen Stellen heißt, zum Aufgeben des Besitzes (§§ 303, 959, 1007) genügt im allgemeinen nicht die Erklärung des Besitzers, daß er die Gewalt nicht mehr haben wolle. Denn das Aufgeben der Gewalt ist eine Art des Verlustes der Gewalt; die bloße Willenserklärung des Besitzers aber hat den Verlust der Gewalt nach der Verkehrsanschauung regelmäßig nicht zur Folge. Dies gilt auch für die Fälle, in denen der Besitz ohne Willen des Erwerbers erworben ist (Raape S. 87). Aufgeben der Gewalt ist die Herbeiführung des Verlustes der Gewalt durch den Besitzer selbst (M. III S. 102). Ausnahmsweise kann aber auch die bloße Kundgebung des Aufgabewillens den Verlust der Gewalt herbeiführen. Dies gilt namentlich von dem Falle des § 854 Abs. 2, in welchem sich die tatsächliche Gewalt nur noch dadurch betätigt, daß der Besitzer in der Lage ist, die Gewalt auszuüben, und den Willen hat, die Gewalt zu haben. Bei gleicher Sachlage wird die bloße Erklärung des Aufgabewillens zum Verluste der Gewalt auch dann genügen, wenn die Gewalt nicht zu Gunsten einer bestimmten Person, sondern schlechthin aufgegeben werden soll.

Das Aufgeben ist kein Rechtsgeschäft, aber eine Rechtshandlung, auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechend anwendbar sein dürften (a. A. Gierke S. 4 Anm. 4, der auch den im Rechtssinne Willensunfähigen nach dem Maße seiner tatsächlichen Willensfähigkeit zum Aufgeben des Besitzes durch eigenes Handeln für fähig erachtet). Indessen kommt dies nur für die Fälle in Betracht, in denen sich gerade an den durch Aufgeben herbeigeführten Besitzverlust Rechtsfolgen knüpfen. Wo es nur auf den Verlust des Besitzes überhaupt ankommt, ist die Unwirksamkeit der Aufgabeerklärung unerheblich, falls die Gewalt demungeachtet verloren gegangen ist.

3. **Auf andere Weise,** also ohne seinen Willen (vgl. § 940 Abs. 2), **verliert der Besitzer die tatsächliche Gewalt** entweder durch die Handlung eines anderen, der ihm die Gewalt entzieht, oder durch sonstige Ereignisse, die den bisherigen tatsächlichen Zustand so verändern, daß nach der Verkehrsanschauung eine Herrschaft der Person über die Sache nicht mehr anzuerkennen ist. Für diese Fälle gilt der erläuternde Satz, daß eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt deren Verlust nicht zur Folge hat (Abs. 2). Beispielsweise geht die Gewalt über ein Grundstück nicht dadurch verloren, daß es von einer Wandertruppe als Lagerplatz benutzt oder infolge seiner örtlichen Lage durch Überschwemmung oder Schneefall zeitweilig unzugänglich wird, die Gewalt über ein Haustier nicht dadurch, daß dieses sich vorübergehend von dem ihm bestimmten Orte entfernt, die Gewalt über eine in der Obhut des Besitzers verbleibende bewegliche Sache nicht durch zeitweilige Unauffindbarkeit. Wie die Frage, ob eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung der Ausübung vorliegt, so bleibt auch die allgemeine Frage, ob und wann die Gewalt als verloren anzusehen ist, ausschließlich der durch Rechssätze nicht gebundenen Beurteilung des einzelnen Falles nach der Verkehrsanschauung überlassen. So sind namentlich die Vorschriften des § 960 darüber, unter welchen Voraussetzungen ein gefangenes wildes oder ein gezähmtes Tier herrenlos wird, d. h.

§. 857. Der Besitz geht auf den Erben über.

---

das Eigentum an ihm erlischt, nicht ohne weiteres auf die Entscheidung der hier in Rede stehenden Frage anwendbar. Was ferner den Besitzverlust durch Entziehung der Gewalt seitens eines anderen betrifft, so beschränkt das BGB. auch bei Grundstücken die richterliche Beurteilung nicht durch eine gesetzliche Regel, wie es das römische Recht und auch der E. I § 812 (M. III S. 104 ff.; P. II Bd. 3 S. 35) taten, indem sie den Besitzverlust davon abhängig machten, daß der Besitzer von den Besitzhandlungen des anderen Kenntnis erlangt und sich nicht sofort danach die Gewalt wieder verschafft. Nach dem BGB. kann also der Besitz eines Grundstücks durch Handlungen eines anderen, von denen der Besitzer keine Kenntnis hat, nicht nur gestört, sondern auch entzogen werden. Die für den Besitzer hiermit verbundene Gefahr ist indessen, soweit fortdauernder Besitz als Voraussetzung des Eigentumserwerbes in Betracht kommt, durch besondere Vorschriften beseitigt (vgl. § 940 Abs. 2, § 900 Abs. 1 Satz 2, § 927 Abs. 1 Satz 2, § 955 Abs. 3). Durch Eintritt des Endtermins, bis zu welchem, oder der auflösenden Bedingung, unter welcher der Besitz eingeräumt ist, wird dieser nicht beendigt.

Bei beweglichen Sachen wird zur Bezeichnung des Besitzverlustes ohne Willen mehrfach die Wendung gebraucht, daß sie dem Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind (vgl. z. B. §§ 794, 799, 804, 935, 1006, 1007).

4. **Auch die Beendigung des durch einen Besitzdiener ausgeübten Besitzes** bestimmt sich nach § 856. Für den Besitzverlust ohne Willen des Besitzers kommt es immer darauf an, ob der Besitzer, sei es durch eine Handlung des Besitzdieners, sei es in anderer Weise, die Gewalt verloren hat. Daß der Tod des Besitzdieners und der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit in seiner Person den Besitz nicht beendigt, versteht sich von selbst (P. II Bd. 3 S. 37). Durch die bloße Erklärung des Besitzdieners, daß er die Gewalt nicht mehr für den Herren, sondern für sich oder einen Dritten ausüben wolle, geht die Gewalt des Herren und folgeweise auch sein Besitz nicht verloren. Der Wille muß vielmehr in einer die Gewalt des Herren aufhebenden Weise betätigt sein, z. B. dadurch, daß der Dienstbote eine Sache des Herren in einen ihm gehörenden Kasten einschließt (Windscheid-Kipp Bd. I S. 709). Ist der Wille in solcher Weise betätigt, so ist der Besitzverlust des Herren durch eine ihm gegenüber abgegebene Erklärung des Willens nicht bedingt (a. A. Binder, Die Rechtsstellung des Erben S. 57). In diesem Sinne strich die zweite Kommission den § 813 Abs. 2 des E. I als für das Besitzdienerverhältnis teils überflüssig, teils nicht zutreffend (P. II a. a. O.).

§ 857.

E. I §§ 2052—2054; II § 779a rev. § 842; III § 841. P. I S. 3539 ff., 10781 ff.; M. III S. 101 f., V S. 530 ff. P. II Bd. 5 S. 650 ff. D. S. 653.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB., 2. Aufl. 1901 S. 325 ff.; Binder, Die Rechtsstellung des Erben 1901 S. 45 ff.

1. **Entstehung.** Der E. I enthielt im § 2052 den Grundsatz: „Der Besitz und die Inhabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen gehen nicht kraft des Gesetzes auf den Erben über.“ Er erkannte aber daneben die Rechte und Verbindlichkeiten aus verbotener Eigenmacht als vererblich an (§ 2053) und gewährte auch dem Erben des Besitzers vor der tatsächlichen Besitzergreifung gegen Dritte, die in Bezug auf Nachlaßsachen verbotene Eigenmacht verübt oder den Besitz oder die Inhabung ohne rechtlichen Grund erlangt haben, Besitzschutz und die condictio possessionis (§ 2054). Für die Fälle ferner, in denen der Besitz als Voraussetzung von Eigentumsnormen zu Gunsten des Besitzers dient, ging der E. I von dem Grundsatz aus, daß der Tod des Besitzers und die Zeit der Besitzlosigkeit zu ignorieren und das Besitzverhältnis so zu beurteilen sei, wie wenn der Erbe mit dem Eintritte des Erbfalls Besitzer geworden wäre, wenn nur der Besitz schließlich an den Erben gelangt, ohne daß vorher ein andrer ihn ergriffen hat (M. III S. 101). Dieser Grundsatz war freilich nicht allgemein, sondern nur in Anwendung auf die Ersitzung ausgesprochen (§ 882 Abs. 2, § 885 Abs. 1).

In der Kritik wurde der Standpunkt des E. I mehrfach angefochten (Zstlg. V. S. 148 ff.). Einige verlangten schlechthin Anerkennung der Vererblichkeit des Besitzes. Andere empfahlen nur, auszusprechen, daß die von dem Besitze für den Besitzer abzuleitenden Rechtsfolgen auch durch den Tod des Besitzers nicht ausgeschlossen würden oder daß der Besitz durch den Tod des Besitzers nicht aufgehoben werde. Zum Teil wurde die natürliche Anschauung, daß der Erbe nicht ohne Apprehensionsakt zum Besitze der erbschaftlichen Sachen gelangen könne,

als berechtigt anerkannt und nur die Fiktion befürwortet, daß der Besitz als auf den Erben übergegangen anzusehen sei. Bähr endlich vertrat die Ansicht, daß der Natur der Dinge nach dem Erben der eigene Besitz fehle, daß aber an die Stelle des Rechtes aus dem eigenen Besitze das Recht des Erben auf den Besitz der im Besitze des Erblassers befindlich gewesenen Sachen trete.

Bei der Beratung der zweiten Kommission wurde die Streichung der §§ 2052—2054 des E. I und die Aufnahme des jetzt im § 857 enthaltenen Satzes aus folgenden Gründen beantragt: Da die Rechtsposition des Besitzers nicht durch die Fortdauer der tatsächlichen Gewalt bedingt sei und auch Rechtspositionen vererblich seien, so könne man logisch richtig sagen, daß die Rechtsposition, die der Besitzer bei seinem Tode gehabt hat, auf den Erben übergehe, sofern nicht ein anderer den Besitz erworben habe. Die Unvererblichkeit des Besitzes sei im bestehenden Rechte nirgends streng durchgeführt. Auch der E. I habe sie tatsächlich aufgegeben. Von der Unvererblichkeit bleibe lediglich bestehen, daß an den Besitz geknüpfte Verbindlichkeiten den Erben nur dann träfen, wenn er sich die tatsächliche Gewalt verschafft habe. Indessen liege in der Zulassung der Eigentumsklage gegen den noch nicht tatsächlich besitzenden Erben keine Härte, da dieser sich leicht die Möglichkeit der Restitution verschaffen könne. Ebenso könnten die in den §§ 789, 917, 759 (= BGB. §§ 867, 1005, 836) gewährten Ansprüche ohne Unbilligkeit auch gegen den Erben des Besitzers zugelassen werden. Es empfehle sich daher, den Grundsatz der Vererblichkeit des Besitzes allgemein auszusprechen. Die Kommission nahm den Antrag fast einstimmig an, teils mit Rücksicht auf das geltende Recht, das sich mehr und mehr gegen die Unvererblichkeit des Besitzes gewendet habe, teils auf Grund der gesetzestechnischen Erwägung, daß sich die Ausnahmen von dem Grundsatze der Vererblichkeit des Besitzes leichter aufstellen ließen als die Ausnahmen von der entgegengesetzten Regel des E. I.

Nicht eine bestimmte Auffassung des Besitzbegriffs, sondern wesentlich Zweckmäßigkeitsgründe haben hiernach für die Annahme des jetzigen § 857 den Ausschlag gegeben.

2. Bedeutung des § 857. In dem Satze „Der Besitz geht auf den Erben über" ist das Wort „Besitz" unzweifelhaft nicht in dem Sinne von „tatsächlicher Gewalt" über die Sache zu verstehen. In diesem letzteren Sinne ist der Besitz etwas Tatsächliches und deshalb der Übertragung durch Rechtssatz unzugänglich. Die tatsächliche Gewalt des Erblassers wird durch seinen Tod beendigt, sie kann nicht mehr auf den Erben übergehen; der Erbe muß sich die tatsächliche Gewalt neu verschaffen und ist dann Besitzer nach § 854, nicht auf Grund des § 857. Der im § 857 anerkannte „Besitz" des Erben ist auch im Gesetze selbst dem vom Erben tatsächlich ergriffenen Besitze gegenübergestellt (§ 2025, § 2027 Abs. 2). Der § 857 ist gerade nur mit Rücksicht auf die Zeit zwischen dem Tode des Besitzers und der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Erben von Bedeutung; später ist die Vorschrift für und gegen den Erben im wesentlichen nicht mehr erforderlich. Für das Verständnis des § 857 ist also in erster Linie der Fall ins Auge zu fassen, daß nach dem Tode des Besitzers einer Sache der Erbe noch nicht die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat.

Unter „Besitz" im Sinne des § 857 kann aber ferner auch nicht mit der Begründung des zu Grunde liegenden Antrags die Rechtsposition, die der Erblasser infolge des Besitzes gehabt hat, verstanden werden, wie sich bei Prüfung des § 857 in der Anwendung auf einige der hauptsächlichen Rechtsfolgen des Besitzes ergibt. Der Besitzschutz zunächst setzt voraus, daß jemand verbotene Eigenmacht begeht, d. h. dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz, also die tatsächliche Gewalt, entzieht oder ihn im Besitze stört (§ 858). Der § 857 soll nun unzweifelhaft dem Erben, bevor dieser selbst die tatsächliche Gewalt über die Nachlaßsache erlangt hat, gegen Eingriffe Dritter nach den Vorschriften über Besitzschutz Schutz gewähren. Diese Absicht des Gesetzes wird aber nur erreicht, wenn man die Vorschrift dahin auslegt, daß für und gegen den Erben des Besitzers an den tatsächlichen Zustand, in dem sich die von dem Erblasser besessenen Sachen bei seinem Tode befinden, und welcher nicht der der tatsächlichen Gewalt ist, dieselben Rechtsfolgen geknüpft sind wie für und gegen den Erblasser an den Besitz, oder genauer, daß auf den, mit dem Tode des Besitzers eintretenden tatsächlichen Zustand und den Erben des Besitzers die für den Besitz und den Besitzer einer Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. In der Tat kann bei den Vorschriften über den Besitzschutz nur eine entsprechende Anwendung zu Gunsten des Erben des Besitzers in Frage kommen. Denn die Besitzschutzmittel dienen dem Erben nicht, wie dem Besitzer, zur Erhaltung oder Wiedererlangung, sondern zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt (M. V S. 531 a. E., 533).

Auch die Vorschriften über die Ersitzung können auf die vom Erben fortgesetzte Ersitzung nur entsprechende Anwendung finden; insbesondere wird letztere nicht durch den Verlust des Eigen-

besitzes, der nach § 856 durch Verlust der tatsächlichen Gewalt eintritt (§ 940 Abs. 1), sondern durch die Aufhebung des mit dem Tode des Besitzers eingetretenen tatsächlichen Zustandes unterbrochen, und auch die Vorschrift des § 940 Abs. 2 ist demgemäß nur entsprechend anwendbar. Daneben hat der § 857 für die vom Erblasser begonnene Ersitzung noch die besondere Bedeutung, daß die Sache mit dem Tode des Besitzers als durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz des Erben gelangt gilt, so daß die während des Besitzes des Erblassers verstrichene Ersitzungszeit nach § 943 dem Erben zu statten kommt.

Der § 857 ist hiernach nicht wörtlich zu nehmen. Die Absicht, dem Erben eine Rechtsstellung zu gewähren, die der für den Erblasser durch den Besitz begründeten ähnlich ist, hat im § 857 einen kurzen, aber insofern ungenauen Ausdruck gefunden, als die Fassung die vorhandene Verschiedenheit der tatsächlichen und rechtlichen Lage des Erben von der des Erblassers unberücksichtigt läßt. Der § 857 bedeutet also, daß die Vorschriften über die Rechtsfolgen des Besitzes auf den tatsächlichen Zustand zwischen dem Tode des Besitzers und der Besitzergreifung durch den Erben oder einen anderen entsprechende Anwendung finden und daß eine im Besitze des Erblassers befindlich gewesene Sache im Sinne des Gesetzes (vgl. auch §§ 221, 999) als durch Rechtsnachfolge in den Besitz des Erben gelangt anzusehen ist. Ähnlich führt Kniep S. 168 ff., 188, 198 aus, daß der § 857 dem nicht zur tatsächlichen Gewalt gelangten Erben nur einen Anspruch auf Erlangung des Besitzes verschaffe (zustimmend v. Blume, Z. f. HR. 52 S. 350), legt aber dem § 857 die weitere Bedeutung bei, daß der Erbe, wenn in seiner Person zur Zeit des Erbfalls das zum Besitze im Sinne des § 854 erforderliche körperliche Verhältnis vorhanden sei, den wirklichen Besitz ohne Willensäußerung von Rechts wegen erwerbe, sowie daß Besitzdiener des Erblassers von Rechts wegen solche des Erben werden. Im Ergebnis erscheint beides zutreffend. Turnau-Förster, Erl. 1 zu § 825, finden in dem Besitze des Erben nur eine Fiktion des Besitzes (s. auch Böthke bei Gruch. 46 S. 151). Dagegen halten andere daran fest, daß nach § 857 das für den Erblasser durch den Besitz begründete Rechtsverhältnis (Bekker, Aphorismen S. 17, Strohal, Das deutsche Erbrecht S. 325) oder die für den Erblasser durch den Besitz begründete Rechtsstellung (Biermann Erl. 2 zu § 857, Kober Erl. I 1 zu § 857) auf den Erben übergehe, während Binder S. 47 annimmt, daß § 857 den Besitz als die vom Gesetz an die Begründung der tatsächlichen Gewalt geknüpfte rechtliche Stellung von dem zu Grunde liegenden Tatbestande loslöse.

3. Voraussetzung des § 857 ist Besitz des Erblassers zur Zeit des Todes. Der Erblasser muß zu dieser Zeit die Sache in unmittelbarem oder mittelbarem (vgl. Erl. 4 zu § 868) Besitze gehabt haben. In den Fällen des § 855 ist die Voraussetzung nur gegeben, wenn der Besitzherr, nicht, wenn der Besitzdiener stirbt. Welcher Art der Besitz des Erblassers gewesen ist, ob Eigenbesitz oder Besitz zu anderem Zwecke, macht für die Anwendbarkeit der Vorschrift keinen Unterschied. Nach den Erläuterungen des Antragstellers, auf dessen Vorschlag der § 857 aufgenommen ist, soll die Vorschrift auch dem Erben des Detentors (Mandatars rc.), im Gegensatze zum Eigen- oder Nutzungsbesitzer, zu statten kommen, weil auch diesem Erben bei einem Streite darüber, ob die Sache zum eigenen Vermögen des Erblassers gehört oder nicht, die Beklagtenrolle gebührt, weil der Erbe ferner für die Erhaltung und Herausgabe der Sache verantwortlich ist und weil er ein Zurückbehaltungsrecht hat. Unvererblichkeit des dem Erblasser, z. B. als Nießbraucher, zustehenden Rechtes zum Besitze schließt die Anwendung des § 857 nicht aus.

Inwieweit trotz der allgemeinen Fassung des § 857 Ausnahmen von dieser Vorschrift anzuerkennen sind, ist zweifelhaft. Als eine solche wird zunächst der Fall angesehen, daß der Besitzer unter Umständen stirbt, vermöge deren der Besitz als beendigt angenommen werden muß, wie z. B. bezüglich der Sachen, die ein im Meere Ertrunkener oder in einer Gletscherspalte Versunkener am Leibe trug (Strohal, Sachbesitz S. 100, Erbrecht S. 325; Binder S. 51; Biermann Erl. 2 zu § 857). Die Anwendbarkeit des § 857 ist von praktischer Bedeutung nur dann, wenn die Sachen wieder zum Vorschein kommen. In diesem Falle aber trifft der Grund, der für diese Ausnahme geltend gemacht wird, daß nämlich hier durch die Umstände dem Erben die Möglichkeit einer Ausübung der tatsächlichen Gewalt entzogen werde, nicht mehr zu. Diese Ausnahme erscheint daher nicht begründet (ebenso Männer S. 100 Anm. 12, Kober Erl. IV 2 zu § 857; s. auch Kniep S. 182). — Der unmittelbare Mitbesitz eines nach § 736 BGB. mit seinem Tode ausscheidenden Gesellschafters an Gesellschaftssachen geht nach der Ansicht Strohals (Sachbesitz S. 97, Erbrecht S. 327) nicht auf seinen Erben über, sondern wächst nach § 738 den übrigen Gesellschaftern zu (a. M. Binder S. 53, Biermann Erl. 1 zu § 857). Die Ent-

scheidung erscheint zutreffend, dürfte aber nicht auf § 738 zu gründen sein, der nicht für den Mitbesitz, sondern nur für das Recht des ausscheidenden Gesellschafters gilt; vielmehr erwerben die übrigen Gesellschafter den Besitzanteil des Ausscheidenden auf Grund der durch den Tod aufschiebend bedingten Einigung nach § 854 Abs. 2. — Strohal (Sachbesitz S. 99, Erbrecht S. 332) nimmt endlich an, daß, wenn ein Testamentsvollstrecker, ein Konkursverwalter oder ein anderer Verwaltungsbesitzer den unmittelbaren Besitz, z. B. einer zum Nachlasse, zur Masse ꝛc. gehörenden Fabrik, durch die Angestellten des Erblassers als Besitzdiener ausübe, dieser Besitz auf seinen Erben nicht übergehe. Dem ist zuzustimmen, weil das Besitzdienerverhältnis nicht gegenüber dem Erben des Testamentsvollstreckers ꝛc., sondern gegenüber seinem Nachfolger im Amt besteht. Wenn in den bisherigen Auflagen die ausnahmslose Geltung des § 857 auch für den Besitz des Testamentsvollstreckers ꝛc. damit begründet worden ist, daß die Erben des Testamentsvollstreckers ꝛc. bei Gefahr im Verzuge für die Verwaltung vorläufig Sorge zu tragen haben, so trifft dieser Grund bei dem Besitze von Sachen, der in der angegebenen Art durch Besitzdiener ausgeübt wird, nicht zu. Nur für den sonstigen unmittelbaren Besitz des Testamentsvollstreckers ist die in den früheren Auflagen vertretene Ansicht richtig.

Wegen des mittelbaren Besitzes vgl. Erl. 4 zu § 868.

4. **Dem Erben des Besitzers** legt der § 857 eine besitzähnliche Rechtsstellung bei. Diese kommt also nach dem Tode des Erblassers dem durch Gesetz oder Verfügung von Todes wegen zunächst berufenen Erben zu (§ 1922 Abs. 1, § 1942) und, wenn der Anfall an ihn infolge Ausschlagung der Erbschaft, Anfechtung der Verfügung von Todes wegen oder Erbunwürdigkeit als nicht erfolgt gilt (§§ 1953, 142, 2344), dem nunmehr berufenen Erben (a. A. Binder S. 60), im Falle der Einsetzung eines Nacherben zuerst dem Vorerben, mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge dem Nacherben (§§ 2100, 2139; a. A. Binder S. 60). Mehreren Erben gebührt die Rechtsstellung gemeinschaftlich (§ 2032); die dadurch begründeten Ansprüche kann aber jeder Miterbe selbständig geltend machen (§ 2038 Abs. 1 a. E.).

Der Erbenbesitz nach § 857 besteht jedoch als solcher immer nur so lange, als niemand die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat. Wenn also der zunächst als Erbe Berufene die tatsächliche Gewalt erlangt hat, so behält er den hierdurch begründeten Besitz auch nach der Ausschlagung ꝛc., bis er ihn nach § 856 verliert; neben diesem seinem Besitz ist für einen Besitz des nunmehr berufenen Erben nach § 857 kein Raum; dem letzteren Erben stehen daher auch keine Besitzansprüche gegen den zuerst berufenen zu (a. A. Strohal, Erbrecht S. 327 Anm. 8). Ebenso erwirbt der Nacherbe an Sachen, deren Besitz der Vorerbe nach § 854 erlangt hat, nicht mehr nach § 857 Besitz, und zwar auch dann nicht, wenn die Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben eintritt; vielmehr geht in diesem Falle der Besitz des Vorerben nach § 857 auf dessen Erben über (ebenso Strohal, Sachbesitz S. 104, Erbrecht S. 331; in letzterer Hinsicht a. A. Biermann, Erl. 4 zu § 857).

Wer die im § 857 anerkannte Rechtsstellung vor Gericht für sich geltend macht, muß erforderlichenfalls beweisen, daß er Erbe des Besitzers ist. Übt jemand als Erbe des Besitzers die im § 859 gewährten Selbstschutzrechte aus, so hängt die Rechtmäßigkeit seines Handelns und damit die Zulässigkeit der Notwehr ihm gegenüber von dem Bestehen des Erbrechts ab. Die hiergegen obwaltenden Bedenken sind weder von der ersten noch von der zweiten Kommission verkannt worden (M. V S. 532; P. II Bd. 5 S. 653); doch sind sie nur von geringer praktischer Bedeutung, da die eng begrenzten Voraussetzungen, an die der § 859 die Zulässigkeit des Selbstschutzes knüpft, für einen noch nicht zur tatsächlichen Gewalt gelangten Erben ohnehin nur sehr selten gegeben sein werden.

5. **Im Sinne des Strafrechts** begründet der § 857 nicht Besitz oder Gewahrsam für den Erben (RG. i. St. 34 S. 252).

§§ 858—867.

Die §§ 858—867 regeln den besonderen privatrechtlichen Schutz des unmittelbaren Besitzes als solchen, d. h. diejenigen Schutzmittel, welche dem unmittelbaren Besitzer auf Grund des bloßen unmittelbaren Besitzes zustehen. Nicht hierher gehören die Schutzmittel, die dem Besitzer nur bei dem Hinzutritte weiterer Voraussetzungen und nach Maßgabe allgemeiner Vorschriften gegeben sind, nämlich die Ansprüche auf Wiedereinräumung des ihm entzogenen Besitzes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) oder nach den Vorschriften über die Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen (§§ 823 ff.; s. Erl. 2 zu § 858 und über die Bedeutung des § 1006 für die Geltendmachung dieser Ansprüche

§. 858. Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht).

Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt.

Erl. 6 zu § 1006) sowie der Herausgabeanspruch aus früherem Besitze gegen den Schlechterberechtigten nach § 1007. Auch die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung des Besitzes bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen (CPO. § 256).

Der besondere Schutz des Besitzes findet seinen grundsätzlichen Ausdruck in dem Verbote der Eigenmacht gegenüber dem Besitzer (§ 858) und seine nähere Ausgestaltung in der Gewährung eines erweiterten Rechtes zur Selbstverteidigung und zur Selbsthilfe (§§ 859, 860) sowie von gerichtlich verfolgbaren Ansprüchen wegen Entziehung oder Störung des Besitzes (§§ 861—864); besondere Vorschriften sind dem Besitze von Teilen einer Sache (§ 865) und dem Mitbesitze (§ 866) gewidmet. Außer dem Schutze gegen verbotene Eigenmacht wird ferner dem Besitzer einer beweglichen Sache noch ein besonderer Anspruch für den Fall gewährt, daß die Sache aus seiner Gewalt auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt ist (§ 867).

Als **Zweck** des dem Besitze verliehenen besonderen Schutzes bezeichnet die D. S. 653 im Anschluß an die P. II Bd. 3 S. 31, 39 die Bewahrung des Rechtsfriedens durch Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache. Auf die damit berührte Frage braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Nur soviel sei bemerkt, daß sich von der Auffassung aus, wonach Besitz die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache ist, der Schutz des Besitzes lediglich als die Bestätigung und Durchführung dieser Anerkennung durch die Rechtsordnung darstellt.

§ 858.

E. I §§ 814, 818; II § 780 rev. § 843; III § 842. P. II S. 3492 ff., 3512 ff.; M. III S. 110 f., 122 f. P. II Bd. 3 S. 33 ff.; Bd. 5 S. 654. D. S. 653 f.

1. **Der Abs. 1 bestimmt zunächst den Begriff der verbotenen Eigenmacht,** den das Gesetz sowohl in diesem Abschnitte (§§ 859 ff.) als auch anderwärts verwendet (§§ 992, 2025). Verbotene Eigenmacht ist jede Handlung, durch die der Besitzer ohne seinen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt wird, sofern die Handlung nicht ausnahmsweise gesetzlich gestattet ist. Die Beeinträchtigung kann in der Entziehung der Gewalt oder in einer bloßen Störung der Ausübung der Gewalt bestehen. Sie kann auch in dem Unterlassen von Maßnahmen zu ihrer Verhinderung gefunden werden.

a) Daß die Beeinträchtigung des Besitzes ohne den Willen des Besitzers erfolgt ist, gehört zur Voraussetzung der verbotenen Eigenmacht und ist daher von demjenigen zu beweisen, welcher die Eigenmacht behauptet. Ohne den Willen des Besitzers erfolgt die Beeinträchtigung nicht nur, wenn er ihr widerspricht, sondern schon dann, wenn er ihr nicht zustimmt.

Entscheidend ist der Wille des unmittelbaren Besitzers (vgl. über Jagdausübung mit Erlaubnis des Jagdpächters Rspr. 6 S. 254), im Falle des § 855 also der des Besitzherrn, nicht der des Besitzdieners. Der letztere begeht verbotene Eigenmacht, wenn er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet oder dem Besitzherrn die tatsächliche Gewalt entzieht.

Die zur Ausschließung der verbotenen Eigenmacht erforderliche — ausdrückliche oder stillschweigende — Zustimmung des Besitzers ist, wenn nicht ein Rechtsgeschäft, so doch eine Rechtshandlung, die der entsprechenden Anwendung der für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften unterliegt. Sie kann im voraus erteilt werden, z. B. vom Mieter zu Gunsten des Vermieters im Mietvertrage (Bendix S. 70), verliert dann aber durch Widerruf ihre eine verbotene Eigenmacht ausschließende Wirkung.

b) Jede den Besitz eines anderen ohne dessen Willen beeinträchtigende Handlung ist, abgesehen von den Ausnahmefällen (zu c), verbotene Eigenmacht. Daß der Handelnde den fremden

Besitz oder das Fehlen der Zustimmung des Besitzers gekannt oder nur aus Fahrlässigkeit nicht gekannt hat, ist nicht erforderlich (Rspr. 6 S. 256). Verschulden gehört nicht zum Begriffe der verbotenen Eigenmacht (vgl. aber wegen der Schadensersatzpflicht Erl. 2; a. A. Gärtner S. 164 ff.). Auch die Einwendung, daß die Absicht der Besitzentziehung oder -störung gefehlt habe, ist nicht zulässig (a. A. Josef S. 275, Bendix S. 70).

Ob der Besitz entzogen, d. h. beendigt (§ 856), oder nur gestört ist, muß im einzelnen Falle nach der Verkehrsanschauung entschieden werden.

c) **Ausnahmen von dem Verbote der Eigenmacht** bestehen nur, soweit das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet. In Betracht kommen hier namentlich die Vorschriften über die Zulässigkeit der Selbstverteidigung und der Selbsthilfe (§§ 227 ff.), insbesondere seitens des Besitzers (§ 859 Abs. 2—4), und über den Notstand (§ 904) sowie besondere Bestimmungen wie die des § 561 Abs. 1 und der §§ 910, 962, ferner die Vorschriften über die Wegnahme im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung (RG. im Rhein. Arch. 98 S. 114, s. aber über die Pfändung bei einem zur Herausgabe nicht bereiten Dritten RG. 14 S. 358, 34 S. 424), endlich landesgesetzliche Vorschriften, wie die über die Privatpfändung (EG. Art. 89). Das Gesetz muß die Entziehung oder die Störung unmittelbar gestatten; ob eine Vorschrift, die jemandem das Recht gibt, eine Sache in Besitz zu nehmen, diesen Sinn hat, ist Auslegungsfrage (vgl. § 561 Abs. 1 mit § 1373 und Erl. 2 zu letzterem, s. auch § 2205). Der Gestattung durch Gesetz steht es nicht gleich, wenn jemand nur vermöge eines ihm zustehenden Rechtes an der Sache zum Erwerbe des Besitzes oder zur Vornahme der störenden Handlung befugt ist (vgl. § 863). Ebensowenig genügt ein bloßer obligatorischer Anspruch auf Gestattung der Entziehung (vgl. z. B. § 258 Satz 2); vielmehr begründet er nur das Recht, die Zustimmung des Besitzers zu verlangen.

2. Der Abs. 1 enthält ferner, indem er die Handlungen verbotener Eigenmacht für widerrechtlich erklärt, **ein den Schutz des Besitzers bezweckendes Gesetz.** Schuldhafter Verstoß gegen dieses Gesetz verpflichtet daher nach § 823 Abs. 2 zum Schadensersatze. Wenn in den M. III S. 110 die Schadensersatzpflicht daraus hergeleitet ist, daß der Besitz im Sinne des E. I § 704 Abs. 1 als Recht, die verbotene Eigenmacht also als Verletzung eines Rechtes anzusehen sei, so hat diese Auffassung durch die Gleichstellung der im Abs. 1 und im Abs. 2 des BGB. § 823 unterschiedenen Fälle ihre praktische Bedeutung verloren; die zweite Kommission hat es deshalb auch ausdrücklich abgelehnt, die bezeichnete Auffassung im Gesetze zur Geltung zu bringen (P. II Bd. 2 S. 572 ff.).

3. Der Abs. 2 bestimmt, was im § 859 Abs. 2, im § 861 und im § 862 Abs. 2 unter den Worten „einem anderen gegenüber fehlerhaft besitzen" und „die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen müssen" zu verstehen ist.

Fehlerhaft besitzt, wer den Besitz durch verbotene Eigenmacht gegen den früheren Besitzer erlangt hat, und zwar nur dem letzteren gegenüber. Jedem Dritten gegenüber gewährt auch der fehlerhafte Besitz vollen Schutz. Dem fehlerhaften Besitzer stehen weiter aber diejenigen gleich, welche die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen müssen; auch sie besitzen gegenüber demjenigen, welchem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, im Sinne des Gesetzes fehlerhaft. Es sind dies:

a) der Erbe des Besitzers, mag er den Besitz der Sache als Erbe tatsächlich ergriffen oder nur Erbenbesitz nach § 857 erlangt haben. Der E. I § 818 Satz 2 erklärte zwar nur die Inhabung des Erben, d. h. den von ihm tatsächlich ergriffenen Besitz, für fehlerhaft. Diese Vorschrift wurde auch von der zweiten Kommission gebilligt, und nach der Annahme des jetzigen § 857 war man darüber einverstanden, daß die hier fragliche Vorschrift durch den § 857 nicht berührt werde. Indessen fand der § 818 Satz 2 des E. I, wie die M. III S. 123 hervorheben, seine Ergänzung im § 2053 des E. I, welcher die Ansprüche aus verbotener Eigenmacht für passiv vererblich erklärte. Dieser Satz ist durch den § 857 ersetzt. Man wird daher den § 858 Abs. 2 Satz 2 unter Heranziehung des § 857 jetzt in dem weiteren Sinne verstehen müssen, daß er auch denjenigen Erben des fehlerhaften Besitzers mitumfaßt, welcher nach § 857 dessen „Nachfolger im Besitze" geworden ist. Erbe des (fehlerhaften) Besitzers ist auch der Erbe eines solchen Besitznachfolgers des Verübers der Eigenmacht, welcher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers gegen sich gelten lassen muß (Kniep S. 426).

Der Erbe braucht als solcher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Erblassers nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er den Besitz als Erbe erlangt hat, nicht, wie nach der Fassung des § 858 Abs. 2 angenommen werden könnte, auch z. B. dann, wenn ihm die Sache von dem

§. 859. Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.

Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittelst verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wiederabnehmen.

Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Thäters wiederbemächtigen.

Die gleichen Rechte stehen dem Besitzer gegen denjenigen zu, welcher nach §. 858 Abs. 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß.

Erblasser bei dessen Lebzeiten übergeben war (M. III S. 123); im letzteren Falle bestimmt sich die Stellung des Erben nach dem Grundsatze, der für sonstige Nachfolger im Besitze gilt.

b) Ein sonstiger Nachfolger im Besitze ist nicht nur, wer den Besitz „durch Rechtsnachfolge" erlangt hat (vgl. §§ 221, 943, 999), sondern jeder, der den Besitz zeitlich nach dem ersten fehlerhaften Besitzer, also dem Verüber der Eigenmacht erlangt, sei es unmittelbar oder mittelbar, sei es mit dem Willen des Vorgängers oder ohne dessen Willen. Nur derjenige Nachfolger im Besitze muß aber die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen, welcher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt. Vorausgesetzt ist also zunächst, daß der Besitz des oder der Vorgänger im Sinne des Gesetzes fehlerhaft war. War daher der Besitz eines Vorgängers fehlerfrei, so braucht ein späterer Nachfolger im Besitze die Fehlerhaftigkeit des Besitzes eines früheren Vorgängers im Besitze auch dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie bei dem Erwerbe kannte. Die weitere Voraussetzung, daß der Nachfolger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes bei dem Erwerbe kennt, ist erfüllt, wenn der Nachfolger bei dem Erwerbe von der Verübung der verbotenen Eigenmacht Kenntnis hat. Diese Kenntnis genügt auch bei späteren Nachfolgern des Verübers der Eigenmacht; die Umstände, wegen deren ihr unmittelbarer Vorgänger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen mußte, brauchen sie nicht gekannt zu haben. Schuldhafte, wenn auch auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis, steht der Kenntnis nicht gleich. Eine nach dem Besitzerwerbe erlangte Kenntnis ist hier ohne Einfluß.

Die innere Rechtfertigung für die Gleichstellung des spolii conscius erblicken die Motive und die Denkschrift darin, daß er durch den Erwerb des Besitzes in fraudem legis handelt, die P. II in der Annahme einer nachträglichen Teilnahme an der Eigenmacht.

§ 859.

E. I § 815 Abs. 1—3; II § 781 rev. § 844; III § 843. P. I S. 3492 ff.; M. III S. 112 ff. P. II Bd. 3 S. 38 ff. D. S. 654.

1. **Der § 859 ermächtigt den Besitzer zum Selbstschutz**, und zwar zur Selbstverteidigung des bedrohten Besitzes (Abs. 1) und zur Selbsthilfe behufs Wiedererlangung des entzogenen Besitzes (Abs. 2—4). Besitzer bedeutet hier nur den unmittelbaren Besitzer (vgl. Erl. 2 zu § 869). Wegen des Besitzdieners s. § 860. Auch der fehlerhafte Besitzer hat die Selbstschutzrechte selbst gegen denjenigen, welchem gegenüber er fehlerhaft besitzt. Mißlingt aber der Versuch des Selbstschutzes, so wird dem fehlerhaften Besitzer der gerichtliche Schutz unter den Voraussetzungen des § 861 Abs. 2 und des § 862 Abs. 2 versagt.

2. **Der Abs. 1** spricht dem Besitzer in positiver Fassung, gegenüber der negativen Fassung des § 227, die Berechtigung zur Verteidigung zu (M. III S. 112). Da nach § 858 Abs. 1 jede Handlung verbotener Eigenmacht sich als rechtswidriger Angriff gegen den Besitzer darstellt, so folgt schon aus § 227, daß die zur Abwehr erforderliche Verteidigung nicht widerrechtlich ist (Bd. I S. 378 Erl. 1c zu § 227). Auch der § 859 Abs. 1 gestattet dem Besitzer nur, sich verbotener Eigenmacht zu erwehren; nur soweit die Anwendung von Gewalt zu diesem Zwecke erforderlich ist, ist sie berechtigt (M. III S. 113), soweit sie über diesen Zweck hinausgeht, ist sie widerrechtlich und verpflichtet den Besitzer, falls ihm ein Verschulden zur Last fällt, zum Schadensersatze (vgl. Erl. 4 zu § 227). Der Abs. 4 erscheint auf das im Abs. 1 gewährte Recht nicht anwendbar.

3. **Das in den Abs. 2, 3** bestimmte Selbsthilferecht des Besitzers geht über den allgemeinen Grundsatz des § 229 insofern hinaus, als es nicht dadurch bedingt ist, daß obrigkeitliche

§. 860. Zur Ausübung der dem Besitzer nach §. 859 zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher die thatsächliche Gewalt nach §. 855 für den Besitzer ausübt.

Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Andererseits gestattet unter dieser Voraussetzung der § 230 Abs. 1 die Selbsthilfe insoweit, als sie zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist, während das Selbsthilferecht des Besitzers nach § 859 Abs. 2, 3 enger begrenzt ist.

a) Bei beweglichen Sachen beschränkt sich das Selbsthilferecht des Besitzers darauf, dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter die Sache wieder abzunehmen. Die Fassung ist dem § 127 der StPO. nachgebildet. Verfolgung auf frischer Tat liegt vor, wenn die Tat unmittelbar nach ihrer Verübung entdeckt und auf Grund der hierbei gemachten, auf den Täter hinweisenden Wahrnehmungen die Verfolgung des Täters unverzüglich begonnen ist (Löwe, StPO. Anm. 2 zu § 104). Bei solcher Verfolgung ist die Wiederabnahme auch noch in der Behausung des Täters gestattet (a. A. Männer S. 103). Gewalt darf der bisherige Besitzer insoweit anwenden, als zur Wiederabnahme erforderlich ist. Das gleiche Selbsthilferecht wie gegen den Täter selbst hat der Besitzer gegen den Erben des Besitzers, der den Besitz als Erbe erlangt hat, und gegen einen sonstigen Nachfolger des Täters im Besitze, der bei dem Erwerbe die verbotene Eigenmacht kennt (Abs. 4), aber nur dann, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Besitzer dem Täter selbst die Sache abnehmen dürfte.

b) Bei Grundstücken reicht das besondere Selbsthilferecht des Besitzers als solchen nur soweit, daß er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters oder eines fehlerhaft besitzenden Nachfolgers des Täters wieder bemächtigen darf. Dieses Selbsthilferecht versagt also, wenn der Besitzer von seiner Entsetzung nicht sofort Kenntnis erhält. Zur Wahrung der Schranken dieses Selbsthilferechts genügt es auch nicht, wenn der Besitzer nur unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121), nach der Entsetzung sich des Besitzes wieder bemächtigt. Eine sofort nach der Entziehung erfolgende und deshalb nach § 859 Abs. 3 gestattete Wiederbemächtigung liegt aber nicht nur vor, wenn der Besitz unmittelbar nach der Entziehung tatsächlich wiedererlangt wird, sondern auch schon dann, wenn der Entsetzte unmittelbar nach der Entsetzung die auf die Wiederbemächtigung gerichtete Tätigkeit beginnt und ohne Unterbrechung bis zur Erreichung des Zieles durchführt. Jedes zur Wiederbemächtigung erforderliche Mittel ist zulässig. Für die Statthaftigkeit der Selbhilfe gegenüber Besitznachfolgern gilt das gleiche wie bei beweglichen Sachen (oben unter a a. E.). In den gleichen Grenzen wie die Befugnis, sich des entzogenen Besitzes wieder zu bemächtigen, wird dem Besitzer auch das Recht zuzuerkennen sein, eine Störung des Besitzes im Wege der Selbsthilfe zu beseitigen, (ebenso Biermann Erl. 2 zu § 859, Kniep S. 321, Gärtner S. 102).

c) Überschreitet der Besitzer die Grenzen des ihm als solchem gewährten Selbsthilferechts, so kann dennoch möglicherweise noch eine nach § 229 erlaubte Selbsthilfe vorliegen. Erst wenn auch dies nicht zutrifft, wird er zum Schadensersatze nach § 231 und den §§ 823 ff. verpflichtet. Selbst dann aber steht ihm, falls er binnen Jahresfrist nach der Entziehung des Besitzes sich diesen durch Eigenmacht wieder verschafft oder den Entzieher im Besitze stört, gegen den Anspruch des Entziehers der Einwand des fehlerhaften Besitzes zu (§ 861 Abs. 2, § 862 Abs. 2).

4. Wegen den Abs. 4 s. Erl. 2. a. E. und Erl. 3 a, b a. E.

§ 860.

E. I § 815 Abs. 4; II § 782 rev. § 845; III § 844. P. I S. 3492 ff.; M. III S. 114. P. II Bd. 3 S. 38, 40 f.; Bd. 6 S. 219 f. D. S. 654.

Der § 860 spricht dem Besitzdiener die Befugnis zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Selbstschutzrechte zu. Die Befugnis ist bedingt durch das Bestehen des Selbstschutzrechts des Besitzherrn, also durch eine gegen ihn verübte Eigenmacht (a. A. Isay, Geschäftsführung S. 287); sie ist also ausgeschlossen, wenn ein Dritter mit Zustimmung des Besitzherrn dem Besitzdiener die Gewalt entzieht oder ihn in deren Ausübung stört.

Bezüglich des im § 859 Abs. 1 bestimmten Rechtes zur Selbstverteidigung ist der § 860 entbehrlich, da nach § 227 in Verbindung mit § 858 die Handlung jedes beliebigen Dritten,

welche zur Abwehr der verbotenen Eigenmacht erforderlich, nicht widerrechtlich ist. Nach § 229 ebenso wie nach § 859 Abs. 2, 3 ist es ferner ohne weiteres zulässig, daß der Besitzer zur Ausübung der Selbsthilfe sich eines anderen als seines Werkzeugs bedient. Indessen decken diese Vorschriften nur eine von dem Besitzer selbst ausgehende Selbsthilfehandlung. Hier greift der § 860 ergänzend ein, indem er, dem praktischen Bedürfnisse Rechnung tragend, dem Besitzdiener die selbständige Befugnis zur Ausübung des dem Besitzherrn zustehenden Selbsthilferechts gewährt. Die Befugnis beschränkt sich ihrem Zwecke entsprechend auf die Sachen, bezüglich deren der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt für den Besitzherrn ausübt. Sie mit Windscheid-Kipp Bd. I S. 695 auch auf solche Sachen auszudehnen, über die ein anderer Besitzdiener die tatsächliche Gewalt ausübt, dürfte bedenklich sein. Daß dem Besitzdiener in der beschränkten Beziehung auf die Ausübung der Selbstschutzrechte „Besitzrechte" beigelegt würden (P. II a. a. O.), ist nach dem im Eingange Bemerkten nicht anzuerkennen. Der Besitzherr kann ihm die Ausübung des Selbsthilferechts verbieten.

Andere Personen sind zur selbständigen Ausübung des Selbsthilferechts nicht befugt. Soweit nach dem in der Erl. 5 zu § 854 Bemerkten der gesetzliche Vertreter einer Person unmittelbarer Besitzer der von ihm im Namen des Vertretenen besessenen Sachen ist, hat er als solcher die im § 859 bestimmten Rechte. Soweit danach eine juristische Person selbst den unmittelbaren Besitz der von ihrem gesetzlichen Vertreter in ihrem Namen besessenen Sachen hat, ist die Selbsthilfehandlung des gesetzlichen Vertreters als eigene Handlung des Besitzers anzusehen.

§§ 861—864.

Als Ergänzung der Befugnis zum Selbstschutze gewähren die §§ 861—864 dem Besitzer lediglich auf Grund der Tatsache des Besitzes und seiner Beeinträchtigung durch verbotene Eigenmacht Ansprüche auf Herstellung des früheren ungestörten Besitzstandes, und zwar getrennt nach den Fällen der Entziehung des Besitzes (§ 861) und der bloßen Störung im Besitze (§ 862). Zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen wird dabei nicht unterschieden. Die Ansprüche sind nicht ihrem Grunde nach rechtlich verschieden. Klagegrund ist die konkrete Handlung verbotener Eigenmacht. Ob durch sie der Besitz entzogen oder nur gestört ist, kann unter Umständen zweifelhaft sein. Ein Fehlgreifen des Klägers in der Beurteilung führt nicht zur Abweisung der Klage; ein Übergehen von dem einen zum anderen Anspruch enthält keine unzulässige Klageänderung (Bendix S. 71, Gärtner S. 162, Kniep S. 471). Zulässig und unter Umständen zweckmäßig ist es auch, mit der Klage wegen Besitzstörung eventuell den Antrag auf Verurteilung zur Wiedereinräumung des Besitzes zu verbinden. Den Ansprüchen ist gemeinsam die Beschränkung des Gegners in der Verteidigung mit einem ihm zustehenden Rechte (§ 863) sowie das Erlöschen durch Ablauf einer kurzen Ausschlußfrist und durch rechtskräftige Feststellung eines Rechtes des Gegners auf Herstellung des seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes (§ 864).

Die durch die Entscheidung über den Besitzanspruch erzielte Regelung des Besitzstandes ist insofern keine endgültige, als sie von dem unterliegenden Teile durch Geltendmachung des Anspruchs aus dem Rechte angefochten werden kann. Hierin tritt eine gewisse Ähnlichkeit mit den einstweiligen Verfügungen hervor. Während diese aber nur prozessuale Mittel zur Sicherung der Verwirklichung des Klaganspruchs sind, werden in den §§ 861 ff. dem Besitzer selbständige klagbare Ansprüche auf Herstellung des Besitzstandes gegeben.

Von den hier geregelten Besitzansprüchen nach Grund und Ziel verschieden ist der Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhafter Zuwiderhandlung gegen das Verbot der Eigenmacht (Erl. 2 zu § 858). Insofern kann man sagen, daß das BGB. die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen im Besitzprozesse nicht zuläßt (M. III S. 119, 124, D. S. 654), wenn man nämlich unter „Besitzprozeß" den Rechtsstreit über einen bloßen Besitzanspruch versteht (vgl. E. I §§ 822 ff.). Dagegen ist die Verbindung des Schadensersatzanspruchs mit dem Besitzanspruch in derselben Klage nach Maßgabe des § 260 der CPO. zulässig. Das gleiche gilt von der Verbindung des Besitzanspruchs mit dem Anspruch aus dem Rechte. Der diese Verbindung verbietende § 232 Abs. 2 der CPO. alter Fassung, den die zweite Kommission sachlich noch beibehalten wollte (P. II Bd. 4 S. 658), ist durch das Ges., betr. Änderungen der Civilprozeßordnung, v. 17. Mai 1898 Nr. 70 aufgehoben (D. S. 43). Über die Unzulässigkeit petitorischer Widerklagen s. Erl. 4 zu § 863, über die Unabhängigkeit der Besitzklage und der Klage aus dem Rechte von einander s. Erl. 3 zu § 864.

§. 861. Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist.

---

§ 861.

E. I §§ 819, 824; II § 783 rev. § 846. P. I S. 3516 ff., 3522, 3530 ff.; M. III S. 123 ff., 131 ff. P. II Bd. 3 S. 43; Bd. 6 S. 220. D. S. 654.

1. **Der § 861 regelt** im Abs. 1 die Voraussetzungen und den Gegenstand des Anspruchs wegen Entziehung des Besitzes, im Abs. 2 die Ausschließung des Anspruchs durch Fehlerhaftigkeit des entzogenen Besitzes.

2. **Voraussetzung des Anspruchs** ist:

a) Entziehung des Besitzes. Der Anspruch steht dem bisherigen unmittelbaren Besitzer zu (wegen des mittelbaren Besitzers s. § 869), nicht einem Besitzdiener (§ 855, a. A. Isay, Geschäftsführung S. 288 ff.). Erforderlich ist Besitz bis zur Entziehung. Zu dessen Feststellung genügt aber unter Umständen der Nachweis des Besitzes in einem früheren Zeitpunkte vorbehaltlich des Gegenbeweises, daß der Besitz schon vor der Entziehung verloren war (Josef S. 266, Gärtner S. 161). Daß der Anspruch auf den Erben übergeht, war im E. I § 2053 besonders ausgesprochen, folgt aber auch ohne ausdrückliche Vorschrift zwar nicht, wie die zweite Kommission annahm (P. II Bd. 5 S. 653), aus § 857, da dieser nur die Vererbung des dem Erblasser noch zustehenden Besitzes ausspricht, wohl aber aus § 1922 Abs. 1; denn der Anspruch gehört zum Vermögen des Erblassers. Ebenso ist eine Sondernachfolge in den Anspruch, insbesondere durch Abtretung (§ 398), zulässig.

b) Entziehung durch verbotene Eigenmacht. Über den Begriff s. Erl. 1 zu § 858. Der Kläger hat nur die Entziehung des Besitzes ohne seinen Willen zu beweisen. War die Eigenmacht ausnahmsweise gesetzlich erlaubt, so trifft hierfür den Beklagten die Beweislast (s. § 863).

c) Gegenwärtiger Besitz des Gegners. Zweifelhaft ist die Wirkung des Besitzverlusts nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit. Nach den M. III S. 124 wird der Beklagte, wenn er sich während des Prozesses der Inhabung entäußert, bis auf seine Haftung wegen der Prozeßkosten von der Besitzklage frei, weil die Restitutionsverpflichtung von gegenwärtigem Besitz abhänge, sich nicht dagegen auf ein commissum gründe und daher nicht den allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung unterliege. Was von dem Besitzverlust durch Entäußerung gilt, muß nach dieser Begründung vollends von unfreiwilligem Besitzverluste gelten. Im Gegensatze hierzu will Biermann, Erl. 2b zu § 861, unterscheiden zwischen den Fällen des Besitzverlustes durch Veräußerung, durch Begründung vermittelnden Besitzes und auf andere Weise. Im Falle der Veräußerung sollen, wenn der Erwerber die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Beklagten bei dem Erwerbe kannte, die Vorschriften der §§ 265, 325, 727 der CPO. Anwendung finden, der Prozeß also, der Veräußerung ungeachtet, zwischen Kläger und Beklagten fortgesetzt werden und das Urteil gegen den Erwerber wirksam und vollstreckbar sein (ebenso Kober Erl. III 2 zu § 861); wenn dagegen der Erwerber die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Klägers bei dem Erwerbe nicht kannte, so sollen die angeführten Vorschriften nicht anwendbar sein. Im Falle der Begründung vermittelnden Besitzes sollen diese Vorschriften Anwendung finden, auch wenn der vermittelnde Besitzer die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Beklagten bei dem Erwerbe kannte (ebenso Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1900 S. 356 f.). In allen anderen Fällen des Besitzverlusts während des Rechtsstreits soll die Besitzklage abzuweisen sein. Diese Ansicht dürfte aber weder mit den Vorschriften der CPO. noch mit denen des BGB. vereinbar sein. Würde durch Geltendmachung des Anspruchs wegen Besitzentziehung die Sache zu einer in Streit befangenen im Sinne des § 265 Abs. 1 der CPO., so müßte die Vorschrift des Abs. 2 Satz 1 daselbst über die Einflußlosigkeit der Veräußerung der Sache während des Rechtsstreits für jeden Fall der Veräußerung gelten ohne Unterschied, ob der Erwerber bei dem Erwerbe bösgläubig war oder nicht, und ebensowenig stimmt die Unterscheidung zwischen bösgläubigen und gutgläubigen Rechtsnachfolgern zu den §§ 325, 327 der CPO. (a. A. auch Hellwig a. a. O. S. 354 ff.). Diese Vorschriften wie der

§ 265 sind auf Ansprüche, die nicht gegen jeden Besitzer begründet sind, nicht anwendbar. Die Annahme ferner, daß im Falle der Begründung vermittelnden Besitzes während des Rechtsstreits das Urteil auch gegen den gutgläubigen vermittelnden Besitzer wirksam und vollstreckbar sei, erscheint mit § 858 Abs. 1 Satz 2 des BGB. nicht vereinbar und läßt sich aus den §§ 325, 727 der CPO. nicht herleiten, weil diese Vorschriften Erlangung des Besitzes einer in Streit befangenen Sache voraussetzen, während es an dieser Eigenschaft der Sache hier fehlt. Wandelt sich der unmittelbare Besitz des Beklagten in mittelbaren um, so kann der Kläger nur einerseits den Klageantrag dahin ändern, daß der Beklagte zur Übertragung des mittelbaren Besitzes verurteilt werde, andererseits dann, wenn der vermittelnde Besitzer den Besitz bösgläubig erwarb, zugleich diesen auf Herausgabe der Sache verklagen. Hier handelt es sich nicht um Besitzverlust, sondern um Besitzumwandlung. Für alle Fälle des wirklichen Besitzverlustes während des Rechtsstreits ist dagegen an der Ansicht der Motive festzuhalten. Hat der Beklagte den Besitzverlust schuldhaft herbeigeführt, so kann der Kläger ohne unzulässige Klageänderung zum Antrage auf Schadensersatz übergehen (CPO. § 264).

d) Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Gegners (Erl. 3 zu § 858). Der Anspruch ist also gegen einen Besitznachfolger des Verübers der Eigenmacht nur gegeben, wenn der Nachfolger den Besitz entweder als Erbe des Täters oder mit Kenntnis von der Verübung der Eigenmacht erlangt hat. Diese Voraussetzung hat der Kläger zu beweisen.

Der Anspruch geht im Falle eines Besitzdienerverhältnisses nur gegen den Besitzherrn, nicht gegen den Besitzdiener (a. A. Gärtner S. 179). Er richtet sich auch gegen den mittelbaren Besitzer (§ 868; s. Erl. 1bβ und § 985), und zwar ohne Unterschied, ob er gegen den unmittelbaren Besitzer deshalb, weil dieser die Fehlerhaftigkeit des Besitzes nicht gelten zu lassen braucht, ausgeschlossen ist oder nicht.

3. **Gegenstand des Anspruchs** ist die Wiedereinräumung des Besitzes, d. h. diejenige positive Tätigkeit des Beklagten, welche seinerseits erforderlich ist, um dem Kläger den Besitz zurück zu verschaffen, bei dem Anspruche gegen den mittelbaren Besitzer die Übertragung des mittelbaren Besitzes (§ 870). Die Vollstreckung des Urteils erfolgt gegen den unmittelbaren Besitzer nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen (CPO. §§ 883, 885), gegen den mittelbaren Besitzer nach § 894 der CPO.

4. **Die Vorschrift des Abs. 2**, welche an die exceptio vitiosae possessionis des bisherigen Rechtes anknüpft, begründet nicht eine Einrede im technischen Sinne (Bd. I S. 53) gegen den im Abs. 1 bestimmten Anspruch, sondern legt der Fehlerhaftigkeit des entzogenen Besitzes die Bedeutung einer den Anspruch ausschließenden Tatsache bei. Die Berücksichtigung dieser Tatsache ist also nicht davon abhängig, daß der Beklagte sie geltend macht (a. A. Kniep S. 426 f.), und kann durch Verzicht des Beklagten nicht ausgeschlossen werden. Die Beweislast trifft aber den Beklagten.

Voraussetzung der Ausschließung des Anspruchs ist:

a) daß der Besitz des Klägers dem Beklagten oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war. Diese Voraussetzung ist gegeben:

α) falls sich die Klage gegen den Besitzentzieher selbst (B) richtet, dann, wenn der Kläger A oder dessen Besitzvorgänger C, dessen Besitz A als fehlerhaft gegen sich gelten lassen muß, den Besitz dem B oder dessen „Rechtsvorgänger" durch verbotene Eigenmacht entzogen hatte; als Rechtsvorgänger des B kommt hier, wo eine Nachfolge des B in den dem Rechtsvorgänger entzogenen Besitz ausgeschlossen ist, nur derjenige in Betracht, dessen durch die Besitzentziehung begründeter Anspruch auf B als Erben oder Sondernachfolger übergegangen ist (vgl. Windscheid-Kipp Bd. I S. 736, der nur den Erblasser als Rechtsvorgänger ansieht);

β) falls sich die Klage gegen einen Besitznachfolger (D) des Besitzentziehers B richtet, dann, wenn A oder C den Besitz dem D selbst oder seinem „Rechtsvorgänger", d. h. seinem Vorgänger im Besitze, durch verbotene Eigenmacht entzogen hatte;

b) daß die der Klage zu Grunde liegende Besitzentziehung nicht später als ein Jahr nach der von dem Kläger oder dessen Besitzvorgänger begangenen Besitzentziehung erfolgt ist. Von der letzteren Besitzentziehung an ist die Jahresfrist auch dann zu berechnen, wenn die Klage gegen den Besitznachfolger desjenigen gerichtet wird, welcher die der Klage zu Grunde liegende Besitzentziehung begangen hat; die Frist beginnt in diesem Falle nicht etwa mit der Zeit, zu welcher der Besitznachfolger den Besitz erlangt hat, wie nach der nicht ganz genauen Fassung des § 861 Abs. 2 angenommen werden könnte (so richtig Strohal S. 131 ff.). Die Jahresfrist bemißt sich nach den §§ 187, 188. Hat A z. B. den B am 10. März 1900 des Besitzes entsetzt, so ist B,

§. 862. Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist.

---

wenn er sich des Besitzes spätestens am 10. März 1901 wieder bemächtigt hat, gegen den Besitzanspruch des A geschützt; wenn die Wiederbemächtigung dagegen später erfolgte, bringt A trotz der Fehlerhaftigkeit seines früheren Besitzes mit seinem Anspruche durch.

Die zu a) erwähnte Voraussetzung des Einwandes des fehlerhaften Besitzes ist nicht erfüllt, wenn die vom Kläger oder dessen Besitzvorgänger begangene frühere Besitzentziehung nicht verbotene, sondern ausnahmsweise gesetzlich erlaubte Eigenmacht, insbesondere wenn sie in Ausübung des im § 859 Abs. 2, 3 anerkannten Selbsthilferechts erfolgt war. Durch den Nachweis, daß ein solcher Ausnahmefall vorlag, kann der Kläger den hier in Rede stehenden Einwand entkräften. Dieser Einwand ist aber weiter schon dann hinfällig, wenn durch die von dem Kläger oder seinem Besitzvorgänger begangene Besitzentziehung eine noch früher ihnen gegenüber begangene binnen Jahresfrist rückgängig gemacht worden ist. Hat z. B. der Kläger A, nachdem er zuerst von dem Beklagten B am 5. Februar 1900 des Besitzes entsetzt war, den B am 5. Februar 1901 wieder verdrängt und ist er endlich am 5. Februar 1902 von dem B nochmals entsetzt worden, so kann er gegen den Einwand des B eine Replik aus der von diesem verübten ersten Besitzentziehung herleiten. Ebenso würde dem Beklagten wieder auf Grund einer nicht mehr als ein Jahr zurückliegenden noch früheren Besitzentziehung eine Duplik zustehen. Die Zulässigkeit einer solchen Replik, Duplik ꝛc. ist in der zweiten Kommission ohne Widerspruch vertreten worden (P. II Bd. 3 S. 43; vgl. auch M. III S. 214). Sie hat zwar im Gesetze keine ausdrückliche Anerkennung gefunden, aber nur deshalb, weil man eine solche für nicht erforderlich hielt. Man ging davon aus, daß, wenn das Gesetz eine Einwendung gegen einen Anspruch auf Grund eines bestimmten Tatbestandes zulasse, sich daraus zur Genüge ergebe, daß der entsprechende Tatbestand auch wieder eine Replik gegen die Einwendung begründe. Diese Erwägung erscheint zutreffend. Der Vorschrift des Abs. 2 liegt ersichtlich der allgemeine Gedanke zu Grunde, daß kein Teil sich auf den fehlerhaften Besitzerwerb des anderen soll berufen können, wenn er selbst innerhalb eines Jahres vor dem Besitzerwerbe des anderen Teiles den Besitz von diesem in fehlerhafter Weise erworben hatte. Diesen Gedanken hat eine ausdehnende Auslegung zur Geltung zu bringen.

5. **Eine allgemeine exceptio spolii** gegen Ansprüche des Spolianten ist dem BGB. fremd (M. III S. 125).

§ 862.

E. I §§ 820, 824; II § 784 rev. § 847; III § 846. P. I S. 3518 ff., 3522, 3530 ff.; M. III S. 125 ff., 131 ff. P. II Bd. 3 S. 44; Bd. 6 S. 210. D. S. 654.

1. Der § 862 regelt im Abs. 1 die Voraussetzungen und den Gegenstand des Anspruchs wegen Störung des Besitzes, im Abs. 2 die Ausschließung des Anspruchs durch Fehlerhaftigkeit des gestörten Besitzes.

2. **Voraussetzung des Anspruchs** ist

a) Störung im Besitz. Erforderlich ist also einerseits Besitz auf seiten des Anspruchsberechtigten. In dieser Beziehung gilt das in der Erl. 2a zu § 861 Bemerkte. Eine Abtretung oder sonstige Übertragung des Anspruchs ist aber ohne Übertragung des Besitzes nach § 399 unzulässig. Verlust des Besitzes nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit nimmt dem Kläger die Aktivlegitimation (ebenso Kniep, S. 433; a. A. Biermann, Erl. 3 zu § 862, der auch hier in den Fällen des Besitzverlustes durch Veräußerung oder der Begründung vermittelnden Besitzes die §§ 265, 325, 727 der CPO. für anwendbar hält).

Andererseits muß der Besitz gestört sein, d. h. es muß ein in die Gegenwart hineinreichender tatsächlicher Zustand geschaffen sein, welcher die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft des Besitzers über die Sache beeinträchtigt, ohne sie aufzuheben. Anmaßung eines Rechtes ist nicht erforderlich (Sächs. Arch. 11 S. 493). Die Störung kann

α) in einer fortdauernden äußeren Veränderung des Zustandes der Sache bestehen, z. B. darin, daß der Störer eine Anlage hält, die in den Machtbereich des Besitzers hineinragt

oder hinüberwirkt, oder bewegliche Sachen auf das Grundstück des Besitzers schafft. Im einzelnen bietet die bisherige Rechtsprechung für die Feststellung des Begriffs der Störung verwertbares Material (vgl. für das gemeine Recht Kniep, S. 434 ff.; für das preußische Recht Bendix, S. 70, Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals Bd. 1 S. 734 ff.). Für die Frage, ob Immissionen von einem Nachbargrundstück eine Störung im Besitze enthalten, kann der § 906 der Entscheidung als Anhalt dienen (Kniep S. 438; vgl. auch DJZ. 1901 S. 382). Über Störung durch überfliegende Geschosse s. JW. 1903 Beil. S. 102.

β) Es genügt aber auch eine äußerlich vorübergehende Störung, wenn durch sie nach den besonderen Umständen die Besorgnis weiterer Störungen begründet und somit ein Zustand fortdauernder Unsicherheit der Gewalt des Besitzers geschaffen ist. Nicht jede vorübergehende Störung begründet die Besorgnis weiterer Störungen. Es genügt auch nicht, daß die Besorgnis zunächst begründet war, wenn sie später infolge einer Veränderung der Verhältnisse aufgehört hat, begründet zu sein. Ob durch Drohungen ein Zustand der Rechtsunsicherheit, wie er hier vorausgesetzt ist, herbeigeführt wird, hat das Gesetz der Entscheidung durch Doktrin und Praxis überlassen (M. III S. 126). Die Frage wird zu bejahen sein, wenn die Drohungen nach den Umständen geeignet sind, die Besorgnis ihrer Verwirklichung zu rechtfertigen (vgl. Rspr. 4 S. 290). Die Besorgnis weiterer Störungen muß aber stets nicht nur nach der subjektiven Auffassung des Besitzers, sondern bei verständiger Würdigung der Sachlage begründet erscheinen. Bloßes Bestreiten des Besitzes oder Anmaßen eigenen Besitzes ist keine Störung im Besitze; dem Besitzer steht dagegen nur die Feststellungsklage zu.

b) Die Störung muß sich als verbotene Eigenmacht darstellen (vgl. Erl. 2b zu § 861). Ob gegen Besitzstörungen durch Eingriffe von Verwaltungsbehörden die Besitzklage gegeben ist, bestimmt sich zunächst nach den landesgesetzlichen Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtswegs (vgl. für Preußen O. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen 1901 S. 214 ff.). Wo der Rechtsweg nicht ausgeschlossen ist, fragt es sich, ob ein Fall ausnahmsweise gestatteter Eigenmacht vorliegt.

3. Der Anspruch richtet sich gegen den Störer. Störer ist bei einer störenden Anlage derjenige, welcher sie hält, d. h. besitzt, auch wenn er die Anlage nicht selbst hergestellt hat; denn er ist derjenige, welcher gegenwärtig allein die Störung zu beseitigen in der Lage und verpflichtet ist, und er begeht durch die Nichtbeseitigung auch seinerseits verbotene Eigenmacht. Da sich also die Klage wegen Störung durch eine Anlage gegen den jeweiligen Besitzer der Anlage als den Störer richtet, so erscheint es gerechtfertigt, die Vorschriften der CPO., die für den Fall gelten, daß die Passivlegitimation durch den Besitz einer Sache begründet wird, entsprechend anzuwenden. Das Verhältnis liegt hier anders wie bei der Klage auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes, weil dort die Passivlegitimation durch den fehlerhaften Besitz der entzogenen Sache bedingt wird. Wenn also der Beklagte die störende Anlage nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit veräußert, so verliert er dadurch nicht die Passivlegitimation; das Urteil ist vielmehr gegen den Erwerber wirksam und vollstreckbar. Alles dies gilt aber nicht für Anlagen, die jemand auf einem von einem andern besessenen Grundstücke herstellt und besitzt. Durch eine solche Anlage wird der Besitz des Grundstücks nicht nur gestört, sondern teilweise entzogen. Es findet daher nicht der § 862, sondern der § 861 Anwendung. Der Grundstücksbesitzer hat somit gegen einen Besitznachfolger des Herstellers und ersten Besitzers der Anlage nur unter den Voraussetzungen des § 858 Abs. 2 Satz 2 einen Besitzanspruch (im Ergebnis übereinstimmend Windscheid-Kipp Bd. I S. 720, Hellwig, Rechtskraft S. 360 f., die aber hier Besitzstörung annehmen; ebenso Kniep S. 471).

Bei Störungen, die im Auftrag eines anderen begangen sind, ist Störer jedenfalls der Auftraggeber, wenn aber der Beauftragte selbst die fortdauernde Störung zu beseitigen in der Lage ist oder wenn von ihm weitere Störungen zu besorgen sind, auch der Beauftragte. Behauptet dieser die Störung in Ausübung eines Rechtes seines Auftraggebers vorgenommen zu haben, so dürfte der § 77 der CPO. auf ihn entsprechend anzuwenden sein (a. A. Kober Erl. II, 6 zu § 892). — Ob bei Störungen durch den Vertreter einer juristischen Person diese als Störer anzusehen ist, bestimmt sich nicht unmittelbar nach § 31, da es sich hier nicht um eine Schadensersatzpflicht handelt, wohl aber dürfte der § 31 entsprechende Anwendung finden.

Bezüglich des passiven Überganges des Anspruchs auf den Erben des Störers trifft das in der Erl. 2a zu § 861 über die aktive Vererblichkeit der Besitzansprüche Gesagte mit der Maßgabe zu, daß sich der Übergang hier aus § 1967 Abs. 1 ergibt.

§. 863. Gegenüber den in den §§. 861, 862 bestimmten Ansprüchen kann ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei.

---

4. **Gegenstand des Anspruchs** ist

a) bei einer äußerlich fortdauernden Störung (Erl. 1 a α) die Beseitigung der Störung, d. h. das für diesen Zweck erforderliche positive Tun des Beklagten; die Vollstreckung des Urteils erfolgt nach § 887 der CPO.;

b) bei einer Störung der unter 1 a β bezeichneten Art die Unterlassung weiterer Störungen. Für die Vollstreckung ist der § 890 der CPO. maßgebend.

5. Der im Abs. 2 zugelassene **Einwand des fehlerhaften Besitzes** hat zur Voraussetzung,

a) daß der Besitzer A dem Störer B oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt, d. h. daß A oder dessen Besitzvorgänger, dessen Besitz A nach § 858 Abs. 2 Satz 2 als fehlerhaft gegen sich gelten lassen muß, dem B oder dessen Rechtsvorgänger den Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen hatte. Rechtsvorgänger des B ist derjenige, von welchem dieser den durch die Besitzentziehung begründeten Anspruch als Erbe oder Sondernachfolger erworben hat (vgl. Windscheid-Kipp Bd. I S. 720, der nur den Erblasser berücksichtigt) und bei störenden Anlagen derjenige, von welchem der Beklagte die Anlage erworben hat.

b) daß der Besitz, d. h. der des Klägers A oder, wenn nicht dieser, sondern sein Besitzvorgänger C die eigenmächtige Besitzentziehung begangen hat, der Besitz des C in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist. Zur Wahrung der Jahresfrist (§§ 187, 188) wird bei störenden Anlagen deren Fertigstellung vor dem Ablaufe der Frist nötig sein. Bei Störung durch wiederkehrende Handlungen ist der Einwand nur wegen der in das Jahr fallenden Handlungen gegeben. Auf solche aber kann der Anspruch auf Unterlassung weiterer Störungen auch nicht für die Zeit nach Ablauf des Jahres gegründet werden.

Die Replik, Duplik ꝛc. des fehlerhaften Besitzes sind auch hier zulässig (Erl. 4 zu § 861).

§ 863.

E. I § 822; II § 785 rev. § 848; III § 847. P. I S. 3527 ff.; M. III S. 129 f. P. II Bd. 3 S. 44. D. S. 654 f.

1. **Der § 863 bringt die Regel zum Ausdrucke, daß gegenüber den Besitzansprüchen petitorische Einwendungen ausgeschlossen sind,** d. h. daß der Anspruch wegen Entziehung des Besitzes nicht durch Berufung auf ein dem Gegner zustehendes Recht zum Besitze, der Anspruch wegen Störung des Besitzes nicht durch Berufung auf ein dem Gegner zustehendes Recht zur Vornahme der störenden Handlung abgewehrt werden kann. Diese Regel folgt aus der Natur der Besitzansprüche; denn da die Ansprüche ihren alleinigen Grund in der Veränderung des Besitzstandes durch verbotene Eigenmacht haben, so lassen die gedachten petitorischen Einwendungen die Grundlage der Ansprüche unberührt. Der Nießbraucher, der sich durch verbotene Eigenmacht den Besitz der Sache verschafft hat, wird durch sein Recht zum Besitze (§ 1036) nicht gegen den Anspruch des Eigentümers nach § 861 geschützt, und ebensowenig schützt ihn sein Nutzungsrecht gegen den Anspruch des Eigentümers nach § 862, wenn er, ohne den Besitz des belasteten Grundstücks erlangt zu haben, den Eigentümer in dem Besitze durch Handlungen stört, die an sich in den Grenzen seines Rechtes liegen (s. auch Rspr. 6 S. 156). Auch ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen nach § 273 Abs. 2 steht dem Beklagten gegen den Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes nicht zu (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 863, Gärtner, S. 193). Denn wenngleich die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse auch für nicht obligatorische Ansprüche gelten, so ist doch die Anwendung des § 273 Abs. 2 hier durch die Sondervorschrift des § 863 ausgeschlossen.

2. Der § 863 spricht die unter Nr. 1 erörterte Regel nicht unmittelbar, sondern dadurch aus, daß er die einzige **Ausnahme von der Regel** bezeichnet. Auch diese Ausnahme ist aber nur eine scheinbare.

Die Besitzansprüche setzen verbotene Eigenmacht voraus, also eine ohne den Willen des Besitzers erfolgte und nicht ausnahmsweise gesetzlich gestattete Entziehung oder Störung des Besitzes. Daß nicht ein Fall ausnahmsweise gestatteter Eigenmacht vorliegt, gehört deshalb nicht weniger zur Begründung des Anspruchs, weil der Beweis für das Vorliegen eines Aus-

§. 864. Ein nach den §§. 861, 862 begründeter Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird.

Das Erlöschen tritt auch dann ein, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt wird, daß dem Thäter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann.

---

nahmefalls dem Beklagten obliegt. Wird der Beweis erbracht, so steht fest, daß der Anspruch nicht begründet ist. Es handelt sich also nicht um die Zulassung einer petitorischen Einwendung gegen einen bestehenden Besitzanspruch, wenn der § 863 zur Begründung der Behauptung, daß verbotene Eigenmacht nicht vorliege, die Berufung auf ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung gestattet. Inwieweit ein solches Recht eine Ausnahme von dem Verbote der Eigenmacht für sich allein oder in Verbindung mit anderen Voraussetzungen erlaubter Selbsthilfe begründet, ist in der Erl. 1c zu § 858 erörtert.

Zulässig ist selbstverständlich auch die Berufung des Beklagten darauf, daß der Besitzer dem als Eigenmacht gerügten Eingriff in den Besitz zugestimmt habe. Hier handelt es sich nur um die Widerlegung des vom Kläger zu führenden Beweises des Fehlens der Zustimmung (Erl. 1a zu § 858).

Gegen den Anspruch wegen Besitzstörung ist auch der Einwand gestattet, daß Beklagter selbst für die als Störung gerügten Handlungen Besitzschutz nach § 1029, § 1090 Abs. 2 und EG. Art. 191 genieße (s. Windscheid-Kipp Bd. I S. 720).

3. Eine wirkliche Ausnahme von der Regel unter 1 enthält in gewissem Sinne der § 864 Abs. 2.

4. Aus der Unzulässigkeit petitorischer Einwendungen gegen den Besitzanspruch folgt die Unzulässigkeit einer petitorischen Widerklage gegen die Besitzklagen; denn man wird mit dem Reichsgericht annehmen müssen, daß die Zulässigkeit der Widerklage nach § 33 der CPO. durch einen rechtlichen Zusammenhang zwischen dem Gegenanspruch und dem mit der Klage geltend gemachten Anspruch oder einem gegen diesen Anspruch vorgebrachten rechtlich zulässigen Vertheidigungsmittel bedingt sei (vgl. RG. 23 S. 397). In dieser Hinsicht ist das bisherige Recht unverändert geblieben. Insbesondere ist die Streichung des bisherigen § 232 Abs. 2 der CPO., welcher die Verbindung der Besitzklage mit der petitorischen Klage verbot, für die Zulässigkeit der Widerklage ohne Bedeutung, da der Grund für die Unzulässigkeit nicht in dem § 232 Abs. 2, sondern in dem unverändert gebliebenen § 33 der CPO. liegt (s. M. III S. 130, vgl. Recht 1902 S. 528; a. A. anscheinend die D. zum Entw. des Ges. betr. Änderungen der CPO. S. 43).

§ 864.

E. I § 823 Abs. 2, § 824; II § 786 rev. § 849; III § 848. P. I S. 3528, 3530 ff., 6207 f.; M. III S. 130 ff. P. II Bd. 3 S. 44 f. D. S. 655.

1. Der § 864 bestimmt für die Besitzansprüche zwei besondere Erlöschungsgründe. Der erste beruht auf der Erwägung, daß die Frage, auf wessen Seite bei einem tatsächlichen Besitzkonflikte das formelle Recht gewesen ist, baldiger Verdunkelung unterliegt und daß daher bei verzögerter Anrufung des Gerichts dem Gegner der Gegenbeweis erschwert wird. Deshalb setzt der Abs. 1 für die Geltendmachung der Besitzansprüche nicht nur eine kurze Verjährung, deren Lauf nach den allgemeinen Grundsätzen unterbrochen oder gehemmt werden könnte, sondern eine einjährige Ausschlußfrist fest (gegen diese Regelung und auch de lege lata für Zulässigkeit einer Hemmung s. Wendt, Arch. f. civ. Pr. 92 S. 166, 171). Die Frist beginnt mit der Verübung der verbotenen Eigenmacht, also mit der Besitzentziehung und bei der Besitzstörung, wenn diese eine körperlich fortdauernde ist, mit ihrem Beginne, wenn sie in wiederkehrenden Handlungen besteht, mit jeder einzelnen Handlung für den durch sie begründeten Besitzanspruch (Windscheid-Kipp Bd. I S. 719). Auf die Kenntnis des Besitzers von der Verübung der Eigenmacht kommt es nicht an; ob hiervon bei der Störung durch Bedrohung eine Ausnahme zu machen ist (Biermann Erl. 2 zu § 864), ist praktisch ohne Bedeutung, da eine nicht binnen Jahresfrist ausgeführte Drohung an sich zur Begründung des Besitzanspruchs nach § 862 Abs. 1 Satz 2 ungeeignet ist. Die Frist berechnet sich nach den §§ 187, 188 und wird nur gewahrt, wenn vor ihrem Ablaufe

der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht, d. h. die Klage zugestellt wird (vgl. auch CPO. § 207 Abs. 1). Erhebung der Feststellungsklage oder Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung genügt nicht. Der fruchtlose Ablauf der Frist begründet nicht, wie die Verjährung, nur eine Einrede, sondern ist eine den Anspruch aufhebende Tatsache, die der Richter, auch ohne daß der Beklagte sie geltend macht, zu berücksichtigen hat, wenn sie sich aus dem Vorbringen des Klägers selbst ergibt. Die Beweislast trifft bezüglich des Beginns der Frist den Beklagten, bezüglich der rechtzeitigen Klageerhebung den Kläger.

2. Nach Abs. 2 erlöschen die Besitzansprüche

a) unter folgenden Voraussetzungen:

α) Es muß nach der Entstehung der Ansprüche, also nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht ein Recht des Täters an der Sache festgestellt werden, „vermöge dessen der Täter die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann", d. h. die Herstellung dieses Besitzstandes würde verlangen können, wenn auf Grund des Besitzanspruchs zunächst der durch die verbotene Eigenmacht geschaffene Besitzstand rückgängig gemacht worden wäre. Durch das Erlöschen des Besitzanspruchs soll der unnötige Umweg vermieden werden, daß der possessorischen Restitution alsbald eine dem materiellen Rechte entsprechende Restitution nachfolgt (M. III S. 131). Gegenüber dem Anspruche wegen Besitzentziehung muß also ein Recht des Täters zum Besitze, gegenüber dem Anspruche wegen Besitzstörung ein Recht des Täters zur Vornahme der störenden Handlung festgestellt werden. Das Gesetz verlangt die Feststellung eines Rechtes an der Sache. Nach der feststehenden Terminologie des BGB. kann darunter nur ein dingliches Recht, nicht auch ein obligatorischer Anspruch auf Einräumung des Besitzes oder Gestattung der besitzstörenden Handlung verstanden werden. Für die Ausdehnung der Vorschrift auf solche obligatorische Ansprüche mag sich de lege ferenda manches geltend machen lassen; der klaren Vorschrift des Gesetzes gegenüber dürfte sie aber unzulässig sein (a. A. Strohal S. 120, Biermann Erl. zu § 864, Gärtner S. 190, Bendix S. 73). Der Feststellung eines Rechtes des Täters ist für den gegen den Besitznachfolger des Täters gerichteten Besitzanspruch die Feststellung eines Rechtes des Besitznachfolgers gleichzustellen (Windscheid-Kipp Bd. I S. 721, 737).

β) Die Feststellung muß durch rechtskräftiges Urteil erfolgen. Da Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden wird (CPO. § 322 Abs. 1), so kann die hier vorausgesetzte Feststellung des Rechtes des Täters nur auf Grund einer Klage oder Widerklage des Täters erfolgen. Es genügt z. B. nicht, daß lediglich die Eigentumsklage des verdrängten Besitzers rechtskräftig abgewiesen ist, auch wenn dies auf Grund der Annahme des Eigentums des Beklagten geschah. Ein vorläufig vollstreckbares Urteil genügt nicht. Einem solchen ist auch eine einstweilige Verfügung gleichzuachten, die dem Täter den Besitz zuweist (bedenklich daher das Urteil des OLG. Dresden in DJZ. 1901 S. 487).

Erforderlich ist nur, daß das Urteil nach der Verübung der Eigenmacht rechtskräftig wird. Ob der Rechtsstreit über das Recht des Täters vor oder nach dem bezeichneten Zeitpunkt anhängig geworden ist, gilt gleich. Verschafft sich z. B. der Eigentümer nach der Erhebung der Klage auf Herausgabe der Sache eigenmächtig den Besitz der Sache, so erlischt der hierdurch begründete Besitzanspruch des Beklagten mit der rechtskräftigen Feststellung des Eigentums des Klägers. Wie in diesem Falle, so kann bei Besitzstörungen auch die nach Verübung der Eigenmacht erhobene Klage auf Leistung, braucht also nicht auf Feststellung gerichtet zu sein.

b) Das Erlöschen der Besitzansprüche tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein, durch welches das Recht des Täters festgestellt ist. Der Eintritt der Rechtskraft ist, wie im Falle des Abs. 1 der Fristablauf, eine den Anspruch aufhebende Tatsache. Ist zur Zeit des Eintritts dieses Erlöschungsgrundes der Rechtsstreit über den Besitzanspruch bereits anhängig, so ist die Klage nicht, wie der E. I § 823 Abs. 2 vorschrieb, in der Hauptsache als erledigt anzusehen, sondern abzuweisen; die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger nach § 91 der CPO. zu tragen.

c) Ob die Vorschrift des Abs. 2 auf den Fall entsprechend anwendbar ist, daß vor der Verübung der Eigenmacht das Recht des Täters rechtskräftig festgestellt ist, erscheint zweifelhaft (dafür Bekker, Besitz bewegl. Sachen S. 17; Windscheid-Kipp Bd. I S. 721; Biermann Erl. 3a zu § 864). Die entsprechende Anwendung würde dahin führen, daß eine solche rechtskräftige Feststellung die Entstehung von Besitzansprüchen aus der später verübten Eigenmacht hinderte, mithin zu einer im Gesetze nicht anerkannten Ausnahme von den Vorschriften be-

§. 865. Die Vorschriften der §§. 858 bis 864 gelten auch zu Gunsten desjenigen, welcher nur einen Theil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt.

§. 866. Besitzen Mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse zu einander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt.

---

§§ 861, 862. Die Anerkennung einer solchen Ausnahme dürfte sich umsoweniger rechtfertigen, als es dabei an jeder Bestimmung einer Zeitgrenze fehlen würde, bis zu welcher die rechtskräftige Feststellung des Rechtes die Entstehung von Besitzansprüchen wegen verbotener Eigenmacht ausschlösse, während doch die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse sich nach der Feststellung des Rechtes jeden Augenblick so ändern können, daß der Ausschluß von Besitzansprüchen der fraglichen Art völlig widersinnig wäre.

3. Der E. I § 823 Abs. 1 sprach noch besonders aus, daß durch die Erhebung der Besitzklage die Erhebung der Klage aus dem Rechte, durch die Erhebung der Klage aus dem Rechte die Erhebung der Besitzklage nicht gehindert werde. Die zweite Kommission hat diese Sätze als selbstverständlich gestrichen. Sie ergeben sich ohne weiteres aus der selbständigen Natur der Besitzansprüche.

§ 865.

E. I § 816; II § 787 rev. § 850; III § 849. P. I S. 35 ff.; M. III S. 114 f. P. II Bd. 3 S. 41. D. S. 655.

Der § 865 setzt voraus, daß jemand nur einen Teil einer Sache besitzt. Inwieweit ein solcher Teilbesitz, insbesondere auch an beweglichen Sachen, möglich und ob im Einzelfalle einer Person der Besitz eines Teiles einer Sache zuzuschreiben ist, bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung (Erl. 4 zu § 854). Das praktisch wichtigste Beispiel eines Teilbesitzes bildet der im § 865 hervorgehobene Besitz abgesonderter Wohnräume oder anderer abgesonderter Räume (Wirtschafts-, Geschäftsräume 2c., vgl. § 580). Ebenso ist aber auch an begrenzten Plätzen eines Grundstücks, an Tunneln, Kloaken und Viadukten, ein Teilbesitz möglich, ebenso an einer Wandfläche durch Anbringung eines Schildes (Rspr. 3 S. 26). Der Teilbesitz kann Eigenbesitz sein oder Besitz zu anderen Zwecken, Mietbesitz, Pachtbesitz, Besitz zum Zwecke der Ausübung eines Wohnungsrechts (§ 1093) u. dergl. Der Erwerb und der Verlust des Teilbesitzes bestimmen sich nach den §§ 854—856. Auch der § 857 gilt für den Teilbesitz.

In der Anerkennung der Möglichkeit eines Teilbesitzes liegt der Schwerpunkt des § 865. Daß der Teilbesitzer als Besitzer den in den §§ 858—864 geregelten Schutz genießt, ist nur der Klarstellung wegen besonders ausgesprochen. Dem Teilbesitzer, z. B. dem Mietbesitzer eines Stockwerkes, stehen also, wenn gegen ihn verbotene Eigenmacht verübt wird, die Selbstschutzrechte und die Besitzansprüche zu, mag die Eigenmacht von dem Besitzer eines anderen Teiles der Sache oder von einem Dritten ausgehen.

§ 866.

E. I § 817; II § 788 rev. § 851; III § 850. P. I S. 3500 ff., 3515; M. III S. 115 f. P. II Bd. 3 S. 41 ff.; Bd. 6 S. 220. D. S. 655.

v. Seeler, Das Miteigentum nach dem BGB. 1899 S. 5, 11 ff., 27 f., 30 ff., 38 f.; Wolff, Der Mitbesitz nach dem Rechte des BGB., Iherings Jahrb. 44 S. 143 ff.; v. Seeler, ebenda S. 363 ff.

1. **Der § 866 enthält eine besondere Vorschrift über den Besitzschutz in den Fällen des gemeinschaftlichen unmittelbaren Besitzes.** Solcher (vgl. wegen des gemeinschaftlichen mittelbaren Besitzes Erl. 4 zu § 868) ist vorhanden, wenn die Herrschaft über eine Sache als Ganzes nach der Verkehrsanschauung mehreren zusteht, wie z. B. an einer von mehreren gemeinschaftlich gemieteten Wohnung und den darin befindlichen, den Mietern gemeinschaftlichen Möbeln. Den dem Einzelnen zustehenden Anteil an dem gemeinschaftlichen Besitze bezeichnet das Gesetz als Mitbesitz (§ 1081 Abs. 2, § 1206). Die Auffassung des Mitbesitzes als eines Anteils an dem gemeinschaftlichen Besitze widerspricht nicht, wie Wolff S. 158 Anm. 42 annimmt, dem § 432 Abs. 1 Satz 2, welcher die Übergabe der Sache als eine unteilbare Leistung behandelt;

denn dort handelt es sich nicht um eine Folgerung aus dem Wesen des Besitzes, sondern um eine ergänzende Bestimmung über den Inhalt eines auf die Übergabe einer Sache gerichteten Schuldverhältnisses mit einer Mehrheit von Gläubigern. Die von Wolff selbst vertretene Ansicht, wonach bei dem gemeinschaftlichen Besitz eine Mehrheit von Sachherrschaften besteht, dürfte der natürlichen Auffassung des Verhältnisses nicht entsprechen. Sie paßt, wie Wolff anerkennt, nicht für die Fälle des gemeinschaftlichen Besitzes durch Mitverschluß oder durch einen gemeinschaftlichen Besitzdiener, in denen auch Wolff der Gesamtheit der Mitbesitzer den Besitz zuschreibt und die er daher als Gesamthandbesitz dem schlichten Mitbesitze gegenüberstellt (S. 159 ff.). Richtiger werden hier nicht zwei ihrem Wesen nach verschiedene Arten des gemeinschaftlichen Besitzes, sondern nur eine Verschiedenheit der tatsächlichen Gestaltung anzunehmen sein.

Die Mitbesitzer können sämtlich zu demselben Zwecke besitzen, als Eigenbesitzer, Mietbesitzer ꝛc., oder auch zu verschiedenen Zwecken, der eine als Eigenbesitzer, der andere als Nießbraucher (§ 1081 Abs. 2) oder als Pfandgläubiger (§ 1206). Stehen die Mitbesitzer in Ansehung der Sache in einer Rechtsgemeinschaft, so ist die Natur dieser Rechtsgemeinschaft für die Beurteilung des Besitzverhältnisses als solchen nicht entscheidend (ebenso Wolff S. 154 ff.). Ob die Mitbesitzer den Mitbesitz als Miteigentümer nach Bruchteilen (§ 1008), als gemeinschaftliche Nießbraucher nach Bruchteilen (§§ 741 ff.), als Gesellschafter oder Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins (§§ 705 ff., 54), als in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten (§§ 1438 ff., vgl. § 1362 Abs. 1 „im Besitz . . . beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen") oder als Miterben (§§ 2032 ff.) ausüben, macht für den Mitbesitz keinen Unterschied. Der Mitbesitzer ist daher in den Fällen des Mitbesitzes auf Grund einer Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht etwa nach den für diese Gemeinschaft geltenden Vorschriften rechtlich verhindert, seinen Anteil am Besitz einer einzelnen Sache auf einen anderen zu übertragen (a. A. Strohal S. 114). Dagegen ist eine bestehende Rechtsgemeinschaft maßgebend für die Rechte und Pflichten, welche die Mitbesitzer in Bezug auf die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache gegeneinander haben. Soweit sich aus der Art der Rechtsgemeinschaft nicht ein anderes ergibt oder dem Mitbesitz eine Rechtsgemeinschaft in Ansehung der Sache überhaupt nicht zu Grunde liegt, finden auf die durch die Gemeinschaft des Besitzes begründeten gegenseitigen Rechte und Pflichten die Vorschriften der §§ 741 ff. entsprechende Anwendung (vgl. Erl. zu § 741; M. III S. 115 f.).

Für den Erwerb und den Verlust des gemeinschaftlichen Besitzes sowie des Mitbesitzes gelten die Vorschriften der §§ 854—856. Ebenso findet der § 857 Anwendung.

2. In betreff des Besitzschutzes macht der § 866 für die Fälle des gemeinschaftlichen Besitzes nach einer Richtung eine Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften der §§ 858—864. Sie beschränkt sich auf das Verhältnis der Mitbesitzer zu einander.

a) Dritten gegenüber gelten die allgemeinen Vorschriften unverändert. Dem Mitbesitzer stehen also gegen die von einem Dritten verübte verbotene Eigenmacht zunächst die Selbstschutzrechte nach § 859 zu. Dabei ist zu unterscheiden, ob verbotene Eigenmacht nur gegen einen Mitbesitzer allein oder gegen sämtliche Mitbesitzer verübt, also z. B. bei einem gemeinschaftlich besessenen Hause nur der eine Besitzer von dem Dritten aus dem Hause hinausgeworfen oder ihm der Zugang verwehrt oder sämtlichen Mitbesitzern der Besitz entzogen wird. Im ersteren Falle beschränkt sich das Selbstschutzrecht des Mitbesitzers unzweifelhaft auf seinen Mitbesitz. Aber auch in dem zweiten Falle ist der einzelne Mitbesitzer grundsätzlich auf den Schutz seines Mitbesitzes beschränkt und nicht nach den Vorschriften über Besitzschutz berechtigt, auch den Besitz der anderen Mitbesitzer zu schützen. Praktisch aber wird in vielen Fällen der Mitbesitzer seinen Mitbesitz nur dadurch schützen können, daß er den Besitz sämtlicher Mitbesitzer schützt. Im Falle des § 859 Abs. 2 z. B. kann der Mitbesitzer seinen Mitbesitz an der von dem Diebe weggenommenen beweglichen Sache nur dadurch schützen, daß er dem Diebe die Sache wieder abnimmt und sich in den Alleinbesitz setzt. Eine ähnliche Sachlage ist unter Umständen auch bei der Entziehung des Besitzes eines Grundstücks denkbar. Allerdings erlangt in einem solchen Falle der Mitbesitzer mehr, als er vorher gehabt hatte; er ist aber verpflichtet, den früheren Mitbesitzern den Mitbesitz wieder einzuräumen, und zwar, wenn er in ihrem Auftrag oder kraft Geschäftsführung ohne Auftrag gehandelt hat, kraft der sich hieraus ergebenden obligatorischen Verpflichtung, wenn dies nicht der Fall war, deshalb, weil er den Mitbesitz der anderen Mitbesitzer fehlerhaft erlangt hat. Da diese Verschiedenheit des Besitzverhältnisses vor und nach der Entziehung nur das Verhältnis der Mitbesitzer zu einander berührt, so kann der Verüber der Eigenmacht aus ihr nicht den Einwand herleiten, daß der einzelne Mitbesitzer durch die auf Erlangung der ganzen Sache gerichtete Selbsthilfehandlung seine Befugnis überschreite.

Ähnlich kann sich das Verhältnis auch gestalten, wenn der Mitbesitzer im Wege der Besitzklage die Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes verlangt. Er wird, um seinen Mitbesitz wiederzuerlangen, soweit erforderlich die Wiederherstellung des tatsächlichen Zustandes verlangen können, der vor der Besitzentziehung bestand, also bei beweglichen Sachen Zurückschaffung an ihren früheren Ort, bei vorher unter Mitverschluß befindlich gewesenen Sachen Herstellung des Mitverschlusses, bei unbeweglichen Sachen Räumung. Ob durch diese dem Verüber der Eigenmacht obliegende Tätigkeit unmittelbarer Alleinbesitz des Klägers oder gemeinschaftlicher Besitz des Klägers und seiner früheren Mitbesitzer entsteht, hängt von dem Verhalten der letzteren ab und berührt den Beklagten nicht. Die Annahme v. Seelers (Miteigentum S. 38) und Wolffs (S. 182), daß der einzelne Mitbesitzer, entsprechend der Vorschrift der § 1011, außer der Wiedereinräumung des Mitbesitzes nur regelmäßig Rückgabe der Sache an alle oder Hinterlegung für alle oder Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer verlangen könne, erscheint nicht zutreffend, da es sich hier nicht, wie im Falle des § 1011, um die Verfolgung eines gemeinschaftlichen Rechtes zum Besitze handelt, die dem einzelnen Genossen nur unbeschadet der Rechte der übrigen Genossen gestattet werden kann, sondern um Wiederherstellung eines tatsächlichen Zustandes, wie denn auch die Genannten anerkennen, daß der § 1011 nicht ohne Einschränkung hier entsprechend angewendet werden kann.

b) Im Verhältnisse der Mitbesitzer zu einander findet nach § 866 in gewissem Umfang ein Besitzschutz nicht statt; auf dem ausgeschlossenen Gebiete sind also Eingriffe eines Mitbesitzers in den Besitzstand des anderen als solche nicht verbotene Eigenmacht, auch wenn sie ohne dessen Zustimmung erfolgen, und begründen daher nicht die dem Besitzer als solchen zustehenden Selbstschutzrechte und Besitzansprüche, sondern Selbstschutzrechte nur nach den allgemeinen Vorschriften zur Wahrung des dem angegriffenen Mitbesitzer zustehenden Rechtes zum Mitbesitz und Ansprüche ebenfalls nur aus diesem Rechte; ein obligatorisches Recht gegen den Mitbesitzer folgt dabei aber regelmäßig schon aus der Gemeinschaft des Besitzes (vgl. Erl. 1 a. E.). Es ist hiernach weder mit dem Wortlaute des § 866 vereinbar noch dem Grunde nach zutreffend, wenn v. Seeler und Wolff bei der Auslegung dieser Vorschrift davon ausgehen, daß bei jeder Handlung, die ein Mitbesitzer in Bezug auf die gemeinsam besessenen Sachen vornimmt, entweder dem Handelnden gegen seinen Genossen oder diesem gegen jenen der Besitzschutz zustehen müsse, wenn anders nicht das Faustrecht unter den Besitzern entscheiden solle.

Ein Besitzschutz findet insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen Mitbesitzern zustehenden Gebrauchs handelt. Hierdurch sollte einerseits der Standpunkt des E. I § 817 abgelehnt werden, welcher den Mitbesitzern gegen Störung des ihnen nach § 743 Abs. 2, § 745 Abs. 1 rechtlich zustehenden Gebrauchs Besitzschutz gewähren wollte, andererseits auch ein Besitzschutz der Mitbesitzer unter einander gegen Störung eines tatsächlich geübten Gebrauchs ausgeschlossen werden; ersteres deshalb, weil die Frage des Rechtes zum Gebrauche nicht in den Besitzstreit gehöre, letzteres, weil der tatsächliche Umfang des Gebrauchs eine zu unsichere Grundlage namentlich für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Selbstschutzes bilde. Die Absicht der zweiten Kommission ging also dahin, wegen solcher Störung des Gebrauchs der gemeinschaftlich besessenen Sache den Mitbesitzern unter einander den Besitzschutz zu versagen. Diese Absicht hat auch im Gesetz genügend deutlichen Ausdruck gefunden. Um die Grenzen des Gebrauchs handelt es sich insoweit und nur insoweit, als der Eingriff des einen Mitbesitzers den Gebrauch der Sache durch den anderen dem Umfange nach einschränkt, nicht aber ganz ausschließt. Dabei ist Gebrauch nicht wie anderwärts (§§ 100, 743 ff.,) in dem engen Sinne zu verstehen, daß es einen Gegensatz zur Fruchtnutzung und zur Verwaltung bildet, sondern auf jede Ausübung des Mitbesitzes zu beziehen. Der § 866 schließt also unter den Mitbesitzern den Besitzschutz wegen bloßer Störung des Mitbesitzes aus. Die Ausnahmen auf den Fall zu beschränken, daß die Grenzen des Gebrauchs unter den Mitbesitzern streitig sind (Wolff S. 172 ff., vgl. auch Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. II S. 577), entspricht weder dem Wortlaute noch der Entstehung des Gesetzes (ebenso Biermann Erl. 2 zu § 866).

Wegen Entziehung des Mitbesitzes genießen dagegen die Mitbesitzer auch gegen einander Besitzschutz.

3. Der E. I § 817 erwähnte neben dem gemeinschaftlichen Besitz einer Sache ausdrücklich **den gemeinschaftlichen Besitz eines Teiles einer Sache.** Ein solcher kommt namentlich dann vor, wenn bei einem Grundstück einzelne Teile (Wohnungen, Keller, Bodenräume, gesonderte Gartenstücke) sich im Alleinbesitze verschiedener Personen befinden, andere Teile dagegen zum gemeinschaftlichen Gebrauche dieser Personen offen gelassen sind. Ob bezüglich der letzteren Teile

§. 867. Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist. Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

---

ein gemeinschaftlicher Besitz anzunehmen ist, muß im einzelnen Falle nach der Verkehrsanschauung entschieden werden. Soweit die dem gemeinschaftlichen Gebrauche vorbehaltenen Räume und Anstalten die Benutzung der im Alleinbesitze befindlichen Teile vermitteln, würde die Ausübung des Alleinbesitzes vereitelt werden können, wenn dem Alleinbesitzer nicht auch ein Mitbesitz an den gemeinschaftlichen Räumen zustände, wenn insbesondere in Ansehung der dem gemeinschaftlichen Gebrauche vorbehaltenen Teile demjenigen der Alleinbesitz zugeschrieben würde, welcher, abgesehen von den im abgesonderten Besitz anderer befindlichen Teilen, Besitzer des Grundstücks ist (dem Eigentümer, dem Vermieter zc.). Diese Erwägung wird zu Gunsten der Annahme eines gemeinschaftlichen Besitzes an Teilen der mehrgedachten Art erheblich ins Gewicht fallen (vgl. auch § 1093 Abs. 3).

Gemeinschaftlicher Besitz eines Teiles eines Grundstücks wird unter Umständen auch dann vorliegen, wenn ein Nachbar dem anderen Nachbar den Mitgebrauch eines Einganges zc. auf obligatorischer Grundlage überlassen hat. Beruht der Mitgebrauch auf einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, so sind für den Besitzschutz die Vorschriften des § 1029 und des § 1090 Abs. 2 maßgebend.

Für den Schutz des gemeinschaftlichen Besitzes und des Mitbesitzes an einem Teile einer Sache gilt das unter Nr. 2 Bemerkte.

§ 867.

E. I § 867; II § 789 rev. § 852; III § 851. P. I S. 3868 f., 6265, 6271; M. III S. 296 ff. P. II Bd. 3 S. 164 ff.; Bd. 6 S. 220 f. D. S. 655.

1. **Der § 867 ergänzt den Schutz des Besitzers einer beweglichen Sache für den Fall, daß die Sache auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt ist.** Hat der Besitzer des Grundstücks sich den Besitz der Sache durch verbotene Eigenmacht verschafft, so ist der bisherige Besitzer der Sache durch die §§ 858 ff. geschützt. Ist die ohne Zutun des Besitzers des Grundstücks auf dieses gelangte Sache hinterher von dem Besitzer des Grundstücks oder einem Dritten in Besitz genommen worden, so hat der bisherige Besitzer der Sache gegen den gegenwärtigen Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe der Sache, sei es auf Grund eines ihm zustehenden Rechtes an der Sache (Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht; §§ 985, 1065, 1227), sei es auf Grund seines früheren Besitzes nach § 1007. War der Besitz des bisherigen Besitzers dadurch, daß die Sache auf das Grundstück gelangte, nicht beendigt, wie dies z. B. anzunehmen sein wird, wenn jemandem durch einen Windstoß sein Hut auf ein fremdes offenes Grundstück geweht wird, so liegt in der Besitzergreifung durch einen anderen verbotene Eigenmacht. Trifft dagegen keine dieser Voraussetzungen zu, so wäre dem Besitzer der Sache die rechtliche Möglichkeit zur Wiedererlangung der Sache versagt. Würde der Besitzer der Sache das Grundstück zum Zwecke der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache ohne Erlaubnis des Grundstücksbesitzers betreten, so läge hierin verbotene Eigenmacht, deren sich der letztere mit Gewalt erwehren könnte. Diese unbillige Lücke im Schutze des Sachbesitzers füllt der § 867 aus, indem er den Grundstücksbesitzer verpflichtet, dem Sachbesitzer die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten.

2. **Der § 867 gibt dem Sachbesitzer** gegen den Grundstücksbesitzer **nur einen** nötigenfalls gerichtlich geltend zu machenden **Anspruch auf Gestattung** (vgl. § 1005 „der im § 867 bestimmte Anspruch"), nicht ein außerordentliches Selbsthilferecht (a. A. Dernburg S. 85 f. und anscheinend Kniep S. 477; vgl. dagegen § 962 u. Erl. 1 dazu). **Der Anspruch hat eine positive und eine negative Voraussetzung.**

a) Positive Voraussetzung ist, daß eine bewegliche Sache aus der Gewalt des Besitzers auf das im Besitz eines anderen befindliche befriedete oder un-

befriedete Grundstück gelangt ist. Sachlich sollte mit dieser Fassung nichts anderes ausgedrückt werden als mit den im E. I § 867 gebrauchten Worten, daß sich eine bewegliche Sache auf dem Gebiet eines fremden Grundstücks befindet. Dies erhellt auch daraus, daß im § 1005 des BGB., welcher dem Eigentümer einer beweglichen Sache gleichfalls den im § 867 bestimmten Anspruch beilegt, die Voraussetzung durch die Worte bezeichnet wird: „Befindet sich eine Sache auf einem Grundstücke, das ein anderer als der Eigentümer der Sache besitzt." Die positive Voraussetzung des § 867 ist also gegeben, wenn eine bewegliche Sache auf ein in fremdem Besitze befindliches Grundstück gelangt ist; ob dadurch der Sachbesitzer die tatsächliche Gewalt verloren hat (§ 856) oder nicht, macht keinen Unterschied (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 867, der nur Satz 2 auch im Falle des fortdauernden Besitzes des Sachbesitzers für anwendbar hält). Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Sache durch Zufall, wie elementare Ereignisse (Windstoß, Wegschwemmung durch Wasser) oder das Weglaufen oder Wegfliegen eines Tieres oder mit Zutun des Sachbesitzers (unvorsichtiges oder mutwilliges Hinüberwerfen u. dgl.) auf das Grundstück gelangt ist (M. III S. 297). Jedoch wird der Anspruch nach Analogie des § 1007 Abs. 2 als ausgeschlossen anzusehen sein, wenn der Besitzer den Besitz aufgegeben hat. Der Sachbesitzer hat zur Begründung des Anspruchs nur die positive Voraussetzung zu beweisen.

b) Negative Voraussetzung des Anspruchs ist, daß die Sache nicht inzwischen, d. h. vor der Geltendmachung des Anspruchs, von dem Grundstücksbesitzer oder einem Dritten in Besitz genommen worden ist. „In Besitz nehmen" ist gleichbedeutend mit „den Besitz erwerben" (a. A. Biermann a. a. O., Gärtner S. 196); denn der Grund, aus welchem unter der hier fraglichen Voraussetzung dem Besitzer der im § 867 bestimmte Anspruch versagt wird, liegt darin, daß der frühere Besitzer der Sache einem gegenwärtigen Besitzer gegenüber nach dem in Erl. 1 Bemerkten dieses Anspruchs zu seinem Schutze nicht bedarf. Die hier fragliche Voraussetzung ist also auch gegeben, wenn der Grundstücksbesitzer unmittelbar dadurch, daß die Sache auf das Grundstück gelangt ist, den Besitz erworben hat (vgl. Raape S. 48 ff.). War dies nicht der Fall, so wird dadurch, daß der Grundstücksbesitzer den Sachbesitzer an der Aufsuchung der Sache hindert, zwar der Besitz des Sachbesitzers beendigt, nicht aber notwendig für den Grundstücksbesitzer der Besitz erworben (Windscheid-Kipp Bd. I S. 738). Bezüglich der negativen Voraussetzung trifft den Grundstücksbesitzer die Beweislast.

3. **Der Anspruch steht zu** dem unmittelbaren Besitzer oder früheren Besitzer der Sache, unter gewissen Voraussetzungen aber auch dem mittelbaren Besitzer (§ 869 Satz 3) nicht dagegen dem Besitzdiener (a. A. Biermann Erl. 2 zu § 867, der aber das Klagerecht auch nur dem Besitzherrn zuspricht). Mitbesitzer können den Anspruch einzeln geltend machen.

Der Anspruch richtet sich gegen den unmittelbaren Besitzer des Grundstücks. Dieser allein, nicht auch der bloße mittelbare Besitzer kann durch seine Weigerung, die Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten, die darauf gerichteten Handlungen des Sachbesitzers zu verbotener Eigenmacht stempeln. Die zweite Kommission hat es ausdrücklich abgelehnt, den Anspruch außer gegen den unmittelbaren Besitzer auch gegen den nur im mittelbaren Besitze befindlichen Eigentümer zu gewähren. Es erscheint daher nicht zutreffend, wenn Strohal S. 47 und Gierke S. 56 Anm. 29 (Verhandl. des 24. Dtsch. Juristentags Bd. III S. 48) den Anspruch auch gegen den mittelbaren Besitzer zulassen wollen.

4. **Gegenstand des Anspruchs** ist die Duldung der zur Aufsuchung und Wegschaffung der Sache erforderlichen Handlungen des Sachbesitzers oder auch seines Besitzdieners, der die Gewalt über die Sache ausgeübt hat. Für die Zwangsvollstreckung ist der § 890 der CPO. maßgebend.

Nach dem Gegenstande des Anspruchs erledigt sich dieser, sobald sich die Sache nicht mehr auf dem Grundstücke befindet. Der Grundstücksbesitzer ist hiernach, falls er ein Interesse hat, den Sachbesitzer nicht auf das Grundstück zu lassen, jederzeit in der Lage, den Anspruch durch Rückgabe der Sache abzuwenden. Solange sich aber die Sache auf dem Grundstücke befindet, kann er dem Sachbesitzer den Zutritt nicht deshalb verweigern, weil er ein wichtiges Interesse an der Verweigerung hat (a. A. Kober Erl. 2c zu § 867).

Eine aufschiebende Einrede gegen den Anspruch steht dem Grundstücksbesitzer dann zu, wenn zu besorgen ist, daß ihm durch die Handlungen des Sachbesitzers ein Schaden entstehen werde. aber nur so lange, bis der Sachbesitzer in Höhe des voraussichtlichen Schadens nach den §§ 232 ff. Sicherheit leistet. Daß Schaden zu besorgen ist, hat der Grundstücksbesitzer, daß genügende Sicherheit geleistet ist, hat der Sachbesitzer zu beweisen. Der letztere kann aber die

§. 868. Besitzt Jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

Einrede auch ganz beseitigen, indem er nachweist, daß mit dem Aufschube der Aufsuchung und der Wegschaffung Gefahr verbunden ist.

5. **Schadensersatz.** Die Aufsuchung und Wegschaffung geschieht immer auf Gefahr des Sachbesitzers. Dieser muß daher in jedem Falle dem Grundstücksbesitzer allen Schaden, welcher dem letzteren durch die Aufsuchung und Wegschaffung entsteht, nach Maßgabe der §§ 249 ff. ersetzen, auch wenn ihm kein Verschulden zur Last fällt. Inwieweit er außerdem auch für den durch die Sache selbst verursachten Schaden verantwortlich ist, bestimmt sich nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (vgl. §§ 823 ff., insbes. §§ 833, 834, 836—838).

6. **Die praktische Bedeutung des § 867** liegt weniger darin, daß der Sachbesitzer danach den Grundstücksbesitzer nötigenfalls zur Duldung durch Klage und Zwangsvollstreckung zwingen kann, da er die Sache auf diesem Wege regelmäßig nicht rechtzeitig zurückerlangen würde, als vielmehr darin, daß durch die im § 867 enthaltene, die beiderseitigen Interessen berücksichtigende gesetzliche Regelung des Falles eine entsprechende gütliche Erledigung befördert wird. Verweigert der Grundstücksbesitzer die Gestattung, so ist der Sachbesitzer unter den Voraussetzungen des § 229 zur Selbsthülfe berechtigt, jedoch mit der Maßgabe, daß sich seine Schadensersatzpflicht nach § 867 Satz 2 bestimmt; ebenso ist unter den Voraussetzungen des § 904 das Betreten des Grundstücks durch den Sachbesitzer nicht verbotene Eigenmacht. Abgesehen von diesen Fällen ist zwar das Betreten des Grundstücks ohne Gestattung des Grundstücksbesitzers verbotene Eigenmacht. Letzterer kann aber nur Schadensersatz nach Satz 2 oder nach allgemeinen Vorschriften verlangen, hat dagegen keinen Besitzanspruch, da eine fortdauernde Störung im Besitze des Grundstücks nicht vorliegt. Dem praktischen Bedürfnis ist hiernach genügt, ohne daß es einer einschränkenden Auslegung des § 867 bedarf, wie solche Dernburg S. 86, Biermann Erl. 1 und Kober Erl. 4 zu § 867 befürworten.

7. Die Vorschrift des § 867 ist entsprechend anwendbar gegenüber dem Besitzer (Mieter) abgesonderter Räume oder von beweglichen Sachen wie Gebäuden der im § 95 bezeichneten Art, Schiffen, Jahrmarktswagen 2c.

§ 868.

E. II § 790 Abs. 1 rev. § 853; III § 852. P. II Bd. 3 S. 219 ff.; Bd. 4 S. 584 f. D. S. 655.

1. **Inhalt. Entstehung.** Der § 868 enthält eine terminologische Bestimmung zwiefachen Inhalts. Er definiert einerseits den Ausdruck „mittelbarer Besitz“, welcher in den §§ 869—871, 930, 934, 935, 941, 986, 991, 1006, 1205 des BGB. und in den §§ 76, 325 der CPO. verwendet wird, und besagt andererseits, daß im Sinne der Vorschriften, die an den Besitz rechtliche Folgen knüpfen, unter „Besitz“ auch der mittelbare Besitz zu verstehen ist, soweit sich im einzelnen nicht ein anderes ergibt. In der ersteren Richtung wird der § 868 durch den § 871 ergänzt.

Der Begriff des mittelbaren Besitzes ist von der zweiten Kommission eingeführt (vgl. oben S. 27 Vorbm. 2 a. E.), und zwar zunächst aus dem Bedürfnisse heraus, die Personen zu bestimmen, denen neben dem unmittelbaren Besitzer noch in gewissem Umfange Besitzschutz gewährt werden sollte. Hieran schloß sich dann die fernere Erwägung, inwieweit auch andere vom Besitze handelnde Vorschriften auf den mittelbaren Besitz anwendbar seien. Mit dieser Frage hat sich die Kommission selbst nur bezüglich einzelner Vorschriften befaßt, namentlich bei der jetzt im § 985 enthaltenen Bestimmung über den Eigentumsanspruch. Im übrigen blieb die Prüfung der Frage zunächst der Redaktionskommission vorbehalten. Diese kam zu dem Ergebnisse, daß fast alle Bestimmungen, welche rechtliche Folgen an den Besitz knüpfen, auch auf das Verhältnis des mittelbaren Besitzes anwendbar seien, und hielt es deshalb für zweckmäßiger, das Gesetzbuch so zu redigieren, daß grundsätzlich unter dem Besitzer auch der mittelbare Besitzer verstanden werde und daß da, wo sich ein Rechtssatz nur auf den unmittelbaren Besitzer beziehe, dies hervorzuheben sei, soweit sich nicht die Beschränkung schon aus dem Zusammenhang ergebe. Die Kommission trat dieser Auffassung bei und billigte demgemäß die nunmehrige Fassung des Nachsatzes im § 868 („so ist auch der andere Besitzer“).

2. Mittelbarer Besitz ist die durch den unmittelbaren Besitz eines anderen vermittelte tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache.

a) Die Sache muß sich im unmittelbaren Besitz eines anderen befinden. Den Gegensatz bilden die Fälle des § 855, in denen der Besitzherr selbst unmittelbarer Besitzer ist. Der hier erforderliche unmittelbare Besitz eines anderen kann Alleinbesitz oder gemeinschaftlicher Besitz sein, er kann die ganze Sache oder nur einen Teil zum Gegenstande haben. Seinem Umfange nach deckt sich der mittelbare Besitz notwendig mit dem ihn vermittelnden unmittelbaren Besitz. Überläßt z. B. der unmittelbare Besitzer eines Wohnhauses nur den Besitz bestimmter Räume einem Mieter, so wird er nur bezüglich dieser Räume zum mittelbaren Besitzer, während er in betreff der übrigen Teile des Hauses unmittelbarer Alleinbesitzer bleibt, vielleicht auch bezüglich einzelner Räume unmittelbarer Mitbesitzer des Mieters wird.

b) Nicht jeder unmittelbare Besitzer vermittelt einem anderen mittelbaren Besitz, z. B. nicht der Eigentümer, der seine Sache selbst in Besitz hat, ebensowenig der Dieb oder der Hehler. Der unmittelbare Besitzer muß vielmehr die Sache „in einem Verhältnisse" bestimmter Art besitzen. Dieses Verhältnis kennzeichnet der § 868 (ähnlich dem § 855) durch Beispiele und durch Angabe begrifflicher Merkmale. Mittelbaren Besitz vermittelt danach, wer eine Sache besitzt:

α) als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter oder Verwahrer.

Als Nießbraucher besitzt sowohl derjenige, welcher in Ausübung eines ihm wirklich zustehenden Nießbrauchs, als auch derjenige, welcher zum Zwecke der Ausübung eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Nießbrauchs besitzt (vgl. § 955 Abs. 2, § 988). Mittelbarer Besitzer ist im Falle wirksamer Bestellung des Nießbrauchs durch den Eigentümer unzweifelhaft dieser, da der Nießbraucher nur zu ihm nach § 1036 Abs. 1, § 1055 Abs. 2 in einem Verhältnisse steht, welches ihn einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt. Ist der Nießbrauch von einem Nichteigentümer wirksam bestellt (vgl. §§ 892, 1032), so entsteht allerdings gleichfalls ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer, welches jenen diesem gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt. Indessen genügt das Bestehen dieses Schuldverhältnisses nicht, um mittelbaren Besitz für den Eigentümer zu begründen. Die Mehrheit der zweiten Kommission hat die gegenteilige Ansicht als nicht dem Sinne des § 868 entsprechend zurückgewiesen, indem sie davon ausging, daß nach § 868 derjenige mittelbarer Besitzer sei, welchen der Nießbraucher als Eigentümer anerkennt, also im Falle der Bestellung durch einen Nichteigentümer der Besteller, nicht der Eigentümer; es sei nach § 868 nicht ein „objektives" obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller erforderlich, sondern es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen (P. II Bd. 4 S. 594, 596, 608). Daß diese Auffassung auch die des Gesetzes ist, folgt u. a. aus den Vorschriften über die Ersitzung. Würde der in der Ersitzungslage befindliche Nichteigentümer eines Grundstücks (§ 900 Abs. 1) oder einer beweglichen Sache (§§ 937 ff.) bei Überlassung des Besitzes an einen Nießbraucher nicht mittelbarer Besitzer, so würde mit der Überlassung die Ersitzung unterbrochen (§ 940 Abs. 1), was unzweifelhaft nicht der Absicht des Gesetzes entspricht. Die bezeichnete Auffassung hat auch dadurch im Gesetz Ausdruck gefunden, daß der mittelbare Besitzer mehrfach allgemein als derjenige bezeichnet wird, von welchem der Besitzer sein Recht zum Besitz ableitet (vgl. §§ 941, 986, 991). Auch wer zum Zwecke der Ausübung eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Nießbrauchs besitzt, vermittelt dem Besteller mittelbaren Besitz.

Wer eine bewegliche Sache als Pfandgläubiger besitzt, vermittelt im Falle der rechtsgeschäftlichen Begründung des Pfandrechts dem Verpfänder (§ 1223 Abs. 1), bei dem gesetzlichen Pfandrechte dem Eigentümer mittelbaren Besitz. Im Falle des Pfändungspfandrechts erlangt den unmittelbaren Besitz nicht der Gläubiger, sondern der Gerichtsvollzieher, sofern nicht der unmittelbare Besitz nach § 808 Abs. 2 der CPO. dem Schuldner belassen wird. Der Gläubiger erlangt durch die Pfändung nur mittelbaren Besitz, und zwar bei unmittelbarem Besitze des Gerichtsvollziehers so, daß dieser dem Gläubiger mittelbaren Besitz vermittelt, bei unmittelbarem Besitze des Schuldners so, daß letzterer dem Gerichtsvollzieher und dieser weiter dem Gläubiger den mittelbaren Besitz vermittelt. Der Gläubiger vermittelt seinerseits nach § 871 dem Schuldner mittelbaren Besitz, wenn und solange der Schuldner nicht unmittelbaren Besitz hat (ebenso Kniep S. 143 ff., Rspr. 2 S. 267; a. A. Kober Erl. III zu § 868, Riedinger, Der Besitz der gepfändeten Sachen 1903 S. 55 ff., vgl. Struckmann-Koch, CPO. Erl. 1, 4 zu § 808).

Der Pächter oder Mieter vermittelt mittelbaren Besitz dem Verpächter oder Vermieter (§§ 536, 556, § 581 Abs. 1), der Verwahrer, wenn die Verwahrung auf Vertrag beruht, dem Hinterleger (§§ 688, 695) oder bei einem Vertrage zu Gunsten eines dritten, falls dieser dadurch

einen Anspruch auf Herausgabe erwirbt, dem Dritten, und zwar je nach dem Inhalte des Vertrags neben dem Hinterleger oder statt seiner. Bei der öffentlichen Hinterlegung ist mittelbarer Besitzer der hinterlegten Sachen, sofern sie in Natur zurückzugeben sind, der oder die Empfangsberechtigten. Ein gerichtlich bestellter Verwahrer (§§ 432, 1217, 1281, 2039) vermittelt denjenigen den mittelbaren Besitz, zu deren Sicherung er die Sache verwahrt. Nicht jeder aber besitzt eine Sache als Verwahrer, der aus irgend einem Grunde einen anderen zur Verwahrung verpflichtet oder für die Verwahrung verantwortlich ist, nicht z. B. der Verkäufer bis zur Übergabe (Erl. 6a zu § 433) oder der unredliche Besitzer (Erl. 1 zu § 990);

β) in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Erforderlich ist also zunächst ein Verhältnis der in dem Relativsatze bezeichneten Art. Ein solches ist das des Käufers zum Verkäufer auch dann nicht, wenn letzterer sich das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat (§ 455); denn auch in diesem Falle ist der Käufer dem Verkäufer gegenüber nicht nur auf Zeit, sondern für den Normalfall der pünktlichen Zahlung des Kaufpreises dauernd zum Besitze berechtigt (ebenso Thiesing, Arch. f. Bürg. R. 20 S. 246 ff.; a. A. Kober Erl. III zu § 868). Außerdem erfordert aber das Gesetz ein Verhältnis, welches den vorher genannten besonderen Verhältnissen ähnlich ist, und zwar bezüglich desjenigen Merkmals, welches das Gesetz selbst als allen Fällen des mittelbaren Besitzes gemeinsam voraussetzt, nämlich darin, daß der Besitzer von dem anderen sein Recht zum Besitz ableitet (vgl. auch RG. 49 S. 273). An diesem Erfordernisse fehlt es z. B. bei dem Verkäufer, der die verkaufte Sache dem Käufer zu bestimmter Zeit zu übergeben hat; ein solcher Verkäufer vermittelt daher dem Käufer, obwohl er ihm gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, nicht mittelbaren Besitz (vgl. § 930).

In einem Verhältnisse der hier erforderlichen Art besitzt unbedenklich der Entleiher die geliehene Sache (§ 604), der Unternehmer eines Werkes den vom Besteller gelieferten Stoff und die von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers (§§ 645, 647), der Beauftragte die zur Ausführung des Auftrags ihm übergegebenen Sachen (§ 667), der Kommissionär die ihm vom Kommittenten übergebenen Sachen (HGB. § 397), der Lagerhalter das übernommene Gut (HGB. § 421), der Frachtführer das Frachtgut (HGB. § 440); mittelbarer Besitzer ist, wer über eine Sache mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins verfügen kann (HGB. § 369 Abs. 1, §§ 397, 410, 421, § 440 Abs. 2). Mittelbaren Besitz vermitteln ferner der gerichtlich bestellte Verwalter einer mit einem Nießbrauche belasteten Sache (§§ 1052, 1054), der Wohnungsberechtigte (BGB. § 1093), aber auch der Erbbauberechtigte, da auch dieser nur für die Dauer seines Rechtes, also „auf Zeit" zum Besitze berechtigt ist (a. M. Wendt, Der mittelbare Besitz S. 61, Windscheid-Kipp Bd. I S. 698) sowie der Erbpächter (EG. Art. 63). Aus dem Familienrechte kommen in Betracht der Besitz des Ehemanns an den zum eingebrachten Gute sowie den ihm zur Verwaltung überlassenen zum Vorbehaltsgute gehörenden Sachen der Frau (§§ 1373, 1371, 1430), der Besitz des Inhabers der elterlichen Gewalt an den seiner Nutznießung oder auch nur seiner Verwaltung unterliegenden Sachen des Kindes (§§ 1638, 1649 ff., 1681, 1686), der Besitz des Vormundes oder Pflegers an den seiner Verwaltung unterliegenden Sachen des Mündels (§§ 1793, 1890, 1897, 1915). Aus dem Erbrechte sind zu erwähnen der Besitz des Nachlaßpflegers (§§ 1960, 1961), des Nachlaßverwalters (§§ 1975, 1985, 1986) und des Testamentsvollstreckers (§§ 2205, 2217, 2218). Der Konkursverwalter, der die zur Konkursmasse gehörigen Sachen in Besitz nimmt (KO. § 117), vermittelt dem Gemeinschuldner mittelbaren Besitz (a. A. Cosack S. 66, Kniep S. 147).

Zweifelhaft ist, inwieweit der Beauftragte und der Geschäftsführer ohne Auftrag dem Auftraggeber oder Geschäftsherrn den mittelbaren Besitz solcher Sachen vermitteln kann, an denen sie in Ausführung des Auftrags oder durch die Geschäftsführung Besitz erwerben. Da sie zur Herausgabe der Sache an den Geschäftsherrn verpflichtet sind (§§ 667, 681), so besitzen sie in einem Verhältnisse, vermöge dessen sie dem Geschäftsherrn gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet sind. Doch genügt dies nicht zur Begründung mittelbaren Besitzes (a. A. Windscheid-Kipp Bd. I S. 698). Wenigstens hat die zweite Kommission in betreff des Beauftragten ausdrücklich anerkannt, daß, wenn er zwar in Ausführung des Auftrags, aber im eigenen Namen den Besitz von Sachen erworben habe, aus seiner Verpflichtung, den Besitz dem Auftraggeber zu übertragen, nicht gefolgert werden dürfe, daß der Auftraggeber mittelbarer Besitzer geworden sei, und wesentlich mit Rücksicht hierauf ist es abgelehnt, den mittelbaren Besitz dahin zu kennzeichnen, daß der unmittelbare Besitzer die Sache für einen anderen besitze (P. II Bd. 3 S. 325). Diese Auffassung findet auch in dem Gesetz ihre Begründung. Denn es fehlt in dem vorausgesetzten Falle,

und zwar nur in diesem (a. A. Endemann Bd. II S. 127), an dem zweiten Erfordernisse mittelbaren Besitzes, da der Beauftragte, der im eigenen Namen erwirbt, sein Recht zum Besitze nicht von dem Auftraggeber ableitet. Die gleiche Unterscheidung muß auch bezüglich des Geschäftsführers ohne Auftrag Platz greifen. Wenn daher in der D. z. Ges. betr. Änderungen der CPO. S. 19 der Geschäftsführer ohne Auftrag allgemein als ein Besitzer bezeichnet wird, der den mittelbaren Besitz für den Geschäftsherrn begründe, so wird dies dahin zu verstehen sein, daß auch durch die Geschäftsführung ohne Auftrag ein mittelbarer Besitz des Geschäftsherrn begründet werden kann, nämlich dann, wenn der Geschäftsführer den Besitz im Namen des Geschäftsherrn erworben hat; denn unter dieser Voraussetzung leitet er im Sinne des Gesetzes sein Recht zum Besitze von dem Geschäftsherrn ab (a. A. Endemann S. 127, Rehbein Bd. I S. 269, Isay, Geschäftsführung S. 278, Biermann Erl. 6 zu § 868).

Auch der Finder vermittelt, obwohl er bis zur Ablieferung der Sache an die Polizeibehörde (§ 967) zur Verwahrung (§ 963) und also auf Zeit zum Besitze verpflichtet ist, dem Verlierer oder den sonstigen Empfangsberechtigten nicht mittelbaren Besitz, weil er auch als redlicher Finder sein Recht zum Besitze nicht von ihnen, sondern aus der Tatsache des Fundes der besitzerlosen Sache ableitet (a. A. Wendt S. 62, Dernburg S. 64, Bartels S. 669, Kniep S. 152, Bekker, Aphorismen S. 19, Windscheid-Kipp Bd. I S. 693). Gegen die Annahme eines mittelbaren Besitzes des Verlierers spricht insbesondere auch die Vorschrift des § 940 Abs. 2, wonach die durch unfreiwilligen Besitzverlust bewirkte Unterbrechung der Ersitzung als nicht erfolgt gilt, wenn der Verlierer den Eigenbesitz binnen Jahresfrist wiedererlangt hat; denn würde durch die Besitzergreifung des Finders der Verlierer mittelbaren Besitz erwerben, also den Besitz als mittelbaren wiedererlangen, so wäre die Voraussetzung des § 940 Abs. 2 schon dann gegeben, wenn die Sache binnen Jahresfrist in den Besitz eines redlichen Finders gelangt, eine Folgerung, die dem Sinne jener Ausnahmevorschrift gewiß nicht entsprechen würde.

Das im § 868 vorausgesetzte Verhältnis braucht, wenngleich es anderwärts als Rechtsverhältnis bezeichnet wird (§ 930, CPO. § 76), nicht ein rechtsgültiges Verhältnis zu sein (a. A. Bartels S. 659, Isay S. 276). Nach dem über den Fall des Nießbrauchs oben unter α Bemerkten genügt vielmehr, daß der unmittelbare Besitzer in einem Verhältnis oder, wie es in den dem § 868 zu Grunde liegenden Anträgen auch hieß, in Anerkennung eines Verhältnisses besitzt, das, seine Rechtsgültigkeit vorausgesetzt, geeignet ist, den Besitzer einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze zu berechtigen oder zu verpflichten. Ein solcher Besitzer leitet sein Recht zum Besitz in demselben Sinne von dem anderen ab, wie sonst davon gesprochen wird, daß jemand sein Recht von einem Nichtberechtigten herleite (z. B. § 135 Abs. 2, § 161 Abs. 3 zc.). Daß ein vermeintliches Verhältnis der im § 868 bezeichneten Art zur Begründung mittelbaren Besitzes ausreiche, ist sowohl in den P. II Bd. 3 S. 198 zu § 930 wie in den M. III S. 99 zu dem entsprechenden § 805 des E. I anerkannt. Wenn der § 870 voraussetzt, daß dem mittelbaren Besitzer auf Grund des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisses immer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache zusteht, so ist darunter in den hier gedachten Fällen ein nur vermeintlicher Anspruch zu verstehen. Die Begründung des § 934 (P. II Bd. 3 S. 210) geht freilich davon aus, daß, wenn der veräußernde Nichteigentümer mittelbarer Besitzer ist, der Erwerber durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs eine wirkliche rechtliche Herrschaft über die Sache erlange. Indessen ist dabei offenbar nur an den Regelfall gedacht, daß das Verhältnis zwischen dem mittelbaren Besitzer und dem Besitzer ein rechtsgültiges ist. Aber auch wenn letzteres nicht zutrifft, gibt der Umstand, daß der unmittelbare Besitzer seine Verpflichtung anerkennt, die Sache nach dem Ablaufe seiner Besitzzeit dem mittelbaren Besitzer herauszugeben, diesem in Ansehung der Sache eine günstigere Stellung, als sie der Nichteigentümer ohne mittelbaren Besitz hat.

Der mittelbare Besitzer kann Eigenbesitzer oder Besitzer zu anderem Zwecke, z. B. Nießbrauch- oder Mietbesitzer, sein.

3. Für die **Entstehung und die Beendigung des mittelbaren Besitzes** ergeben sich aus der Begriffsbestimmung folgende Voraussetzungen:

a) Der mittelbare Besitz entsteht, sobald jemand eine Sache in einem Verhältnisse der in Erl. 2 erörterten Art zu besitzen anfängt, sei es, daß der bisherige unmittelbare Besitzer ihm den unmittelbaren Besitz auf Grund eines solchen Verhältnisses überläßt, oder daß er die schon in seinem unmittelbaren Besitze befindliche Sache anfängt, in einem Verhältnisse der gedachten Art zu besitzen (Fall des constitutum possessorium § 930), oder daß er den unmittelbaren

Besitz in einem derartigen Verhältnisse (z. B. als Beauftragter) anders als durch Überlassung seitens des nunmehrigen mittelbaren Besitzers erlangt.

b) **Beendigt** wird der mittelbare Besitz:

α) **wenn der ihn vermittelnde unmittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz verliert**, ohne dadurch seinerseits mittelbarer Besitzer zu werden. Ist letzteres der Fall, überläßt z. B. der Nießbraucher die Sache einem Pächter, so bleibt auch der Besteller des Nießbrauchs mittelbarer Besitzer (§ 871). Dadurch, daß der unmittelbare Besitzer geschäftsunfähig wird oder stirbt, wird der mittelbare Besitz nicht beendigt. Dieser im E. I § 813 Abs. 1 für den mittelbaren Eigenbesitz besonders ausgesprochene Satz ergibt sich daraus von selbst, daß der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit auch den unmittelbaren Besitz nicht beendigt, sowie daraus, daß der mit dem Tode des unmittelbaren Besitzers eintretende Zustand nach § 857 als Fortsetzung des unmittelbaren Besitzes des Erblassers behandelt wird und der Erbe des vermittelnden Besitzers in das den mittelbaren Besitz begründende Verhältnis eintritt, und zwar auch, wenn das Recht des Erblassers zum Besitze mit dessen Tode erlischt, wie z. B. beim Nießbrauche.

Ob mit der Beendigung des bisherigen unmittelbaren Besitzes der bisherige mittelbare Besitzer seinerseits wieder den unmittelbaren Besitz erlangt, bestimmt sich nach § 854. Ist zur Zeit der Beendigung des unmittelbaren Besitzes der bisherige mittelbare Besitzer in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, so wird es dem Inhalte der „Einigung", durch die der unmittelbare Besitzer den Besitz erworben hat, und der Verkehrsanschauung entsprechen, daß der mittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz ohne neue Besitzergreifung wiedererlangt. Ob man mit Rücksicht auf solche Fälle von einer dem mittelbaren Besitz eigentümlichen Fähigkeit, unter Umständen durch den bloßen Wegfall des unmittelbaren Besitzers zu unmittelbarem Besitze zu werden, sprechen kann (P. II Bd. 3 S. 330; **Strohal** S. 20), mag dahingestellt bleiben (s. auch **Dernburg** S. 66 Nr. 6).

β) Der mittelbare Besitz endigt ferner, **wenn der unmittelbare Besitzer zwar den Besitz behält, aber aufhört, in einem Verhältnisse der in Erl. 2 erörterten Art zu besitzen.** Dies kann durch Einigung des mittelbaren Besitzers mit dem unmittelbaren geschehen, z. B. im Falle des § 929 Satz 2. Zweifelhafter ist, inwieweit der unmittelbare Besitzer auch einseitig den mittelbaren Besitz beendigen kann. Der E. I § 813 Abs. 2 (M. III S. 107) bestimmte, daß, solange der Inhaber die tatsächliche Gewalt behält, durch eine Handlung desselben der „Besitz" nur dann beendigt werde, wenn der Inhaber **gegenüber dem Besitzer den Willen erklärt**, die tatsächliche Gewalt nicht mehr für den Besitzer, sondern für sich oder für einen Dritten auszuüben. Ähnlich war in einem der zweiten Kommission unterbreiteten Antrag eine Bestimmung vorgeschlagen, wonach der mittelbare Eigenbesitz dadurch, daß der Vertreter im Besitze (d. h. der unmittelbare Besitzer) den Eigenbesitzer als solchen nicht mehr anerkenne, erst dann beendigt werde, wenn der Vertreter im Besitze dies dem Eigenbesitzer erkläre. Diese Bestimmung wurde in das Gesetz nicht aufgenommen; man hielt sie teils für selbstverständlich, teils für insofern nicht ganz richtig, als der Verlust des mittelbaren Besitzes auch dadurch müsse eintreten können, daß der unmittelbare Besitzer in einer den mittelbaren Besitz ausschließenden Weise über die Sache verfüge (P. II Bd. 3 S. 227f.). Auch die zweite Kommission hat hiernach angenommen, daß die Erklärung des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem mittelbaren Besitzer, er erkenne diesen als solchen nicht mehr an, zur Beendigung des mittelbaren Besitzes genüge. Gegen diese Annahme scheint zwar zu sprechen, daß, wenn das Verhältnis, auf welchem der mittelbare Besitz beruht, z. B. das Mietverhältnis, vermöge dessen der Besitzer den Besitz der Sache hat, rechtsgültig besteht, der Mieter durch eine Erklärung der obengedachten Art das Verhältnis nicht aufzuheben vermag, also trotz der Erklärung noch in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art steht (so **Windscheid-Kipp** Bd. I S. 710). Indessen liegt die Voraussetzung, von welcher der § 868 den mittelbaren Besitz abhängig macht, nicht darin, daß ein Verhältnis der bezeichneten Art **besteht**, sondern darin, daß der unmittelbare Besitzer die Sache **als** Nießbraucher, Mieter ꝛc. besitzt. Durch das „als" wird ein subjektives Erfordernis aufgestellt und in demselben Sinne müssen daher auch die Worte „oder in einem ähnlichen Verhältnisse" ausgelegt werden. Dieses subjektive Erfordernis fällt aber weg, wenn eine Erklärung der gedachten Art erfolgt, wenn also in dem Beispielsfalle der Mieter dem Vermieter erklärt, er erkenne das Mietverhältnis nicht mehr an, weil er erfahren habe, daß er Eigentümer sei und die Sache daher als seine eigene besitze. Gegen die Beendigung des mittelbaren Besitzes durch eine Erklärung der fraglichen Art von seiten des unmittelbaren Besitzers läßt sich auch nicht einwenden, daß hiernach die Ersitzung des mittelbaren Eigenbesitzers durch eine solche Erklärung unterbrochen

werden könnte, ohne daß der bisherige mittelbare Eigenbesitzer in der Lage wäre, die Unterbrechung, wie in anderen Fällen eines Besitzverlustes ohne Willen, gemäß § 940 Abs. 2 rückgängig zu machen. Dieses Bedenken erscheint deshalb unbegründet, weil der bisherige mittelbare Eigenbesitzer nicht nur das Recht hat, gegen den unmittelbaren Besitzer auf Feststellung des den mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisses zu klagen, sondern nach Treu und Glauben auch die positive Anerkennung dieses Verhältnisses von dem unmittelbaren Besitzer verlangen kann und das zu seinen Gunsten ergehende rechtskräftige Urteil dann dieselbe Wirkung hat, wie wenn der unmittelbare Besitzer das betreffende Verhältnis anerkennt. Aus demselben Grunde wird auch daraus ein Bedenken nicht abgeleitet werden können, daß der unmittelbare Besitzer danach durch seine einseitige Erklärung dem mittelbaren Besitzer den Vorteil der im § 1006 Abs. 3 bestimmten Vermutung entziehen könnte (a. A. Leonhard S. 73, Männer S. 101 A. 23, Kober Erl. V 2 b). Daß der mittelbare Besitz durch eine Erklärung der fraglichen Art von seiten des unmittelbaren Besitzers beendigt wird, wenn das ihn begründende Verhältnis nur ein vermeintliches, nicht zu Recht bestehendes war, wird nicht zu bezweifeln sein, weil hier der mittelbare Besitz lediglich auf dem subjektiven Willen der Beteiligten beruhte.

4. Der Nachsatz des § 868, welcher ausspricht, daß **auch der mittelbare Besitzer Besitzer** ist, bringt zum Ausdrucke, daß im Sinne der Vorschriften, die an den Besitz Rechtsfolgen knüpfen, unter „Besitz" regelmäßig auch der mittelbare Besitz zu verstehen ist (vgl. Erl. 1). Wenn z. B. der § 268 Abs. 1 Satz 2 dem Besitzer das Recht beilegt, den die Zwangsvollstreckung in die Sache betreibenden Gläubiger zu befriedigen, so steht dieses Recht nach § 868 auch dem mittelbaren Besitzer zu. Die Ansicht Wendts, Arch. f. civ. Prax. 87 S. 48, daß die einzige Rechtsfolge des mittelbaren Besitzes das im § 869 bestimmte Klagerecht sei und daß, wo das BGB. vom Besitzer spreche, der mittelbare Besitzer niemals mitgemeint sei, ist mit dem Wortlaute des § 868 unvereinbar und führt zu unhaltbaren Ergebnissen. Ausdrückliche Ausnahmen von der terminologischen Regel des § 868 finden sich im BGB. nicht; keine vom Besitze handelnde Vorschrift ist ausdrücklich auf den unmittelbaren Besitz beschränkt. Ob sich eine solche Beschränkung bezüglich einzelner Vorschriften aus dem Zusammenhang ergibt, ist eine im einzelnen zu prüfende Auslegungsfrage (vgl. insbes. Erl. 1 b α zu § 985).

Was die Anwendung der Vorschriften des vorliegenden Abschnitts auf den mittelbaren Besitz betrifft, so handeln die **§§ 854—856** unzweifelhaft nur von dem unmittelbaren Besitze. Der **§ 857** gilt dagegen auch für den mittelbaren Besitz. Daß der letztere auf den Erben übergeht, ergibt sich für die Fälle, in denen zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer ein gültiges Rechtsverhältnis besteht, schon aus § 1922. Der Übergang des mittelbaren Besitzes auf den Erben beruht auf der Vererbung des Rechtes des Erblassers aus dem den mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisse auf Herausgabe der Sache. Der Übergang ist daher ausgeschlossen und der § 857 erleidet somit bezüglich des mittelbaren Besitzes überall da Ausnahmen, wo das Recht des Erblassers auf Herausgabe der Sache mit seinem Tode nicht auf seine Erben, sondern auf einen anderen übergeht oder erlischt. Hat z. B. ein Testamentsvollstrecker als solcher Nachlaßsachen hinterlegt, so erlischt entweder sein mittelbarer Besitz mit seinem Tode derart, daß ein etwa vorhandener Mitvollstrecker oder der Erbe selbst alleiniger mittelbarer Besitzer wird, oder er geht auf seinen Nachfolger im Amte über; letzteres gilt ferner auch für den mittelbaren Besitz des Konkursverwalters an Sachen, die er als solcher hinterlegt hat. Mittelbarer Besitz eines Vorerben als solchen endlich geht mit seinem Tode, falls mit diesem die Nacherbfolge eintritt, nach § 2139 auf den Nacherben über (ebenso Strohal, Erbrecht S. 328 ff., und für die beiden ersten Fälle Binder, Rechtsstellung des Erben S. 54 ff.). Ist das den mittelbaren Besitz begründende Verhältnis ein nur vermeintliches Rechtsverhältnis, so hat der § 857 auch hier die in der Erl. 2 zu § 857 entwickelte Bedeutung.

Wegen der Anwendung der **§§ 858—864, 867** in den Fällen des mittelbaren Besitzes ist auf die Erl. zu § 869 zu verweisen.

Mittelbarer Teilbesitz, dessen Zulässigkeit aus **§ 865** folgt, ist vorhanden, wenn ein unmittelbarer Teilbesitzer oder der unmittelbare Besitzer der ganzen Sache in Bezug auf einen Teil der Sache zu einem anderen in einem mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisse steht.

Mittelbarer gemeinschaftlicher Besitz (Mitbesitz) ist vorhanden, wenn mehrere nebeneinander (nicht, wie bei dem mehrfachen mittelbaren Besitz des § 871, nacheinander) zu dem unmittelbaren Besitzer in einem mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisse stehen, also von

§. 869. Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§. 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wiederübernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird. Unter der gleichen Voraussetzung kann er im Falle des §. 867 verlangen, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird.

---

dem unmittelbaren Besitzer auf Grund dieses Verhältnisses die Herausgabe der Sache verlangen können. Die mittelbaren Mitbesitzer können zueinander im Verhältnisse von Gesamtgläubigern stehen (§ 428) oder im Verhältnisse mehrerer Gläubiger, die, ohne Gesamtgläubiger zu sein, eine unteilbare Leistung zu fordern haben (§ 432; Windscheid-Kipp Bd. I S. 700, Wolff, Jherings Jahrb. 44 S. 148 A. 12). Letzteres wird die Regel bilden. Stehen die mittelbaren Mitbesitzer in Bezug auf den Herausgabeanspruch gegen den vermittelnden Besitzer in einer Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand, so sind sie nach den für diese Gemeinschaft geltenden Vorschriften auch in der Verfügung über ihren mittelbaren Mitbesitz beschränkt. Die Vorschrift des § 866 ist auf den mittelbaren Mitbesitz nicht anwendbar; denn eine Störung des letzteren durch einen anderen Mitbesitzer ist ausgeschlossen. Stört ein mittelbarer Mitbesitzer den unmittelbaren Besitzer eigenmächtig im Besitze, so steht dem anderen Mitbesitzer der im § 869 bestimmte Schutz ebenso zu, wie wenn es sich um eine Besitzentziehung handelt.

5. **Wesen des mittelbaren Besitzes.** Die theoretische Frage, ob der mittelbare Besitz mit dem unmittelbaren Besitze seinem Wesen nach verwandt oder ob er ein von diesem wesentlich verschiedenes und nur bezüglich der Rechtsfolgen ihm gleichgestelltes Verhältnis, ein fingierter Besitz sei, sollte und konnte durch den Ausspruch des § 868, daß auch der mittelbare Besitzer Besitzer sei, nicht entschieden werden. In der zweiten Kommission gingen auch bei der Mehrheit, welche die Einführung des Begriffs des mittelbares Besitzes beschloß, die Ansichten auseinander. Einige nahmen an, daß z. B. der Vermieter eines Grundstücks, indem er dem Mieter das Grundstück überlasse, den Besitz nicht vollständig aufgebe, sondern mit der durch den Besitz des Mieters begründeten Beschränkung, namentlich in Bezug auf die Ausschließung der Einwirkungen Dritter, behalte. Andere gingen davon aus, daß als Inhaber der tatsächlichen Gewalt, also als Besitzer, nur der unmittelbare Besitzer anzusehen sei und daß der mittelbare Besitzer nur ein schutzwürdiges Interesse daran habe, daß der Gewaltinhaber nicht aus der Lage verdrängt werde, welche nach der Beendigung des zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisses dem mittelbaren Besitzer zu Teil werden solle (P. II Bd. 3 S. 224). Bei späterer Gelegenheit nahm die Mehrheit der Kommission den Standpunkt ein, es könne nicht anerkannt werden, daß der mittelbare Besitz als ein wirkliches Besitzverhältnis anzusehen sei; er stelle sich als ein Institut von zweifelhaftem juristischen Charakter dar; die Kommission habe zwar beschlossen, den mittelbaren Besitzer in einigen Beziehungen wie einen wirklichen Besitzer zu behandeln, diese Vorschriften seien aber rein positive, und es könne aus ihnen ein zwingender Schluß auf die Behandlung des mittelbaren Besitzes als eines wirklichen Besitzverhältnisses nicht gezogen werden (P. II Bd. 3 S. 332). Entscheidende Bedeutung kommt diesen Ausführungen nicht zu.

Für das begriffliche Verhältnis des mittelbaren zum unmittelbaren Besitz ist zu beachten, daß der letztere an die tatsächliche Gewalt geknüpft ist. Wer die tatsächliche Gewalt, d. h. die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft über die Sache, hat, ist unmittelbarer Besitzer; nur der unmittelbare Besitzer hat die tatsächliche Gewalt. Es erscheint daher nicht angängig, auch dem mittelbaren Besitzer eine tatsächliche Gewalt (Leonhard S. 70) oder eine tatsächliche Sachherrschaft (Gierke, Fahrnisbesitz S. 7 A. 15, Gutachten S. 32) zuzuschreiben. Ebensowenig kann aber das Wesen des mittelbaren Besitzes in dem obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache gefunden werden (Wendt, Arch. S. 47, Gutachten S. 6; Bartels S. 652, 659); denn mittelbarer Besitz kann vorhanden sein, obwohl ein solcher Anspruch nur vermeintlich besteht, und er kann durch den Verlust des unmittelbaren Besitzes verloren sein, obwohl der obligatorische Herausgabeanspruch gegen den bisherigen unmittelbaren Besitzer fortdauert. Der mittelbare Besitz ist vielmehr zwar, ebenso wie der unmittelbare, eine tatsächliche Beziehung der Person zur Sache, aber nicht eine solche, welche, wie die des unmittelbaren Besitzers, nach der Verkehrs-

anschauung die Herrschaft über die Sache gewährt, sondern eine Beziehung, die auf der Sachherrschaft des unmittelbaren Besitzers und seiner Anerkennung einer besonderen Verpflichtung zur künftigen Überlassung der Sachherrschaft an den mittelbaren Besitzer beruht und daher letzterem eine besonders gesicherte Anwartschaft auf die Sachherrschaft gewährt.

6. Benennung des Rechtsurhebers. In prozessualer Beziehung ist den Fällen des mittelbaren Besitzes eigentümlich das Recht des als solcher verklagten unmittelbaren Besitzers zur Benennung des mittelbaren Besitzers als seines Rechtsurhebers (nominatio auctoris) gemäß § 76 der CPO.

§ 869.

E. I § 821 Abs. 1; II § 790 Abs. 2 rev. § 854; III § 853. P. I S. 3521 ff.; M. III S. 127 ff. P. II Bd. 3 S. 219 ff., 225 ff. D. S. 655 f.

1. Ansprüche des mittelbaren Besitzers wegen verbotener Eigenmacht. Über die dem mittelbaren Besitzer gegenüber verbotener Eigenmacht zustehenden Schutzmittel enthält der § 869 Satz 1, 2 besondere Vorschriften.

a) Voraussetzung des hier gegebenen Schutzes ist, daß gegen den Besitzer, d. h. den unmittelbaren Besitzer, verbotene Eigenmacht verübt, daß diesem also ohne seinen Willen die Gewalt entzogen oder er in der Ausübung der Gewalt gestört wird, ohne daß dies ausnahmsweise gesetzlich gestattet ist. Hat der unmittelbare Besitzer der Entziehung oder Störung zugestimmt, so steht dem mittelbaren Besitzer der hier fragliche Schutz nicht zu. Ist aber gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt worden, so sind die im § 869 bestimmten Schutzrechte von dem mittelbaren Besitzer erworben und können ihm durch die nachträgliche Genehmigung der Entziehung oder Störung seitens des unmittelbaren Besitzers nicht mehr entzogen werden. Hat der mittelbare Besitzer selbst der gegen den unmittelbaren Besitzer verübten Eigenmacht zugestimmt, so kann er aus letzterer Ansprüche nicht herleiten. Ob es sich um den Besitz eines Grundstücks oder einer beweglichen Sache handelt, ist gleichgültig.

b) Der dem mittelbaren Besitzer im § 869 gewährte Schutz besteht darin, daß neben dem unmittelbaren Besitzer auch dem mittelbaren Besitzer die Besitzschutzansprüche wegen Entziehung oder Störung des Besitzes beigelegt werden. Für diese Ansprüche gelten im allgemeinen die Vorschriften der §§ 861—865. Eine Abweichung besteht nur bei dem Anspruch wegen Entziehung des Besitzes in betreff des Gegenstandes des Anspruchs. Während der Anspruch des unmittelbaren Besitzers auf Wiedereinräumung des Besitzes an ihn selbst gerichtet ist, kann der mittelbare Besitzer regelmäßig nur Wiedereinräumung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer und nur, falls dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will, Einräumung des Besitzes an sich selbst verlangen. Zur Begründung dieses Verlangens muß er beweisen, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz entweder nicht übernehmen kann, d. h. dauernd an der Übernahme verhindert ist, oder nicht übernehmen will, d. h. diesen Willen ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat. Steht der mittelbare Besitz mehreren gemeinschaftlich zu, so kann der einzelne in den letzterwähnten Fällen Herausgabe der Sache an ihn allein nur verlangen, wenn sie zueinander im Verhältnisse von Gesamtgläubigern stehen; andernfalls kann er nur Herausgabe an alle oder Hinterlegung oder Ablieferung an einen gerichtlich bestellten Verwahrer für alle verlangen (§ 432 Abs. 1 Satz 2).

Da somit der mittelbare Besitzer durch Geltendmachung der ihm gewährten Ansprüche regelmäßig nur dasselbe Ziel erreichen kann wie der unmittelbare Besitzer, sind die Ansprüche des mittelbaren Besitzers für diesen im allgemeinen nur dann von praktischer Bedeutung, wenn nicht schon der unmittelbare Besitzer die Wiederherstellung des Besitzstandes betreibt. Rechtlich aber ist er nicht gehindert, ohne weiteres neben dem unmittelbaren Besitzer, den Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer geltend zu machen (a. A. Kniep S. 422, der annimmt, daß die Klage des einen die Einrede der Rechtshängigkeit gegen die Klage des anderen begründe). Der mittelbare Besitzer kann als notwendiger Streitgenosse des unmittelbaren Besitzers (CPO. § 62) auftreten oder eine besondere Klage erheben; im letzteren Falle wird sich die Verbindung der Prozesse zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung (CPO. § 147) empfehlen. Während der mittelbare Besitzer ohne die Vorschrift des § 869 nur dem unmittelbaren Besitzer als Nebenintervenient beitreten könnte (CPO. §§ 66 ff.), wird er durch die Gewährung eigener Ansprüche in der Prozeßführung selbständig gestellt. Aber auch materiell ist der einmal begründete Anspruch des mittelbaren Besitzers von dem Anspruche

des unmittelbaren Besitzers unabhängig. Dies tritt namentlich darin hervor, daß der Anspruch auch durch den erklärten Willen des unmittelbaren Besitzers, den Besitz nicht wieder zu übernehmen, mithin durch das Aufgeben des Besitzes seitens des unmittelbaren Besitzers, nicht ausgeschlossen wird (vgl. auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht 1900 S. 194 f.). Man wird hiernach annehmen müssen, daß auch ein auf die Klage des unmittelbaren oder des mittelbaren Besitzers ergangenes rechtskräftiges Urteil den Anspruch des anderen nicht ausschließt. Zweifelhaft ist, ob dem Anspruche des mittelbaren Besitzers der Einwand des fehlerhaften Besitzes auch dann entgegensteht, wenn dessen Voraussetzungen nur in der Person des mittelbaren Besitzers gegeben sind, wenn z. B. der vom Beklagten entzogene Besitz ihm von dem mittelbaren Besitzer vorher entzogen war, ohne daß der vermittelnde Besitzer dies bei dem Erwerbe des Besitzes wußte. Die Frage dürfte nach dem Grundgedanken, auf welchem der Einwand des fehlerhaften Besitzes beruht (Erl. 4 zu § 861), zu bejahen sein (ebenso Windscheid-Kipp Bd. I S. 720, 739; a. A. Biermann Erl. 4 zu § 869).

2. **Andere Besitzschutzmittel gegen verbotene Eigenmacht** als die im § 869 gewährten Ansprüche **stehen dem mittelbaren Besitzer nicht zu**, also gegenüber dem unmittelbaren Besitzer überhaupt keine, gegenüber Dritten kein besonderes Recht zum Selbstschutz und keine anderen als die im § 869 bestimmten Ansprüche. Die gegenteilige Ansicht leitet Gierke, Gutachten S. 37 (s. auch Bekker S. 68, Gärtner S. 151 ff., 168 ff.), aus der Natur des mittelbaren Besitzes als wahren Besitzes oder daraus her, daß auch der mittelbare Besitzer Besitzer ist. Diese Begründung erscheint jedoch nicht stichhaltig (vgl. auch Erl. 5 zu § 868). Die Ansicht Gierkes steht nicht nur mit der unzweifelhaften Absicht der bei der Entstehung des Gesetzes beteiligten Faktoren im Widerspruche (vgl. M. III S. 114, 127 ff., P. II u. D. a. a. O.), sondern ist auch mit dem Inhalte des Gesetzes nicht vereinbar. Zuzugeben ist, daß sich aus dem § 869 für sich allein dessen Zweck, den Besitzschutz des mittelbaren Besitzes erschöpfend zu regeln, nicht entnehmen läßt. Dagegen folgt aus den §§ 858—864, daß unter dem nach diesen Vorschriften geschützten „Besitzer", abweichend von der Regel des § 868, nur der unmittelbare, nicht auch der mittelbare Besitzer verstanden werden kann. Voraussetzung des Besitzschutzes ist verbotene Eigenmacht. Diese aber erfordert begrifflich ein Handeln ohne Willen des unmittelbaren Besitzers. Wird dem letzteren mit seinem Willen der Besitz von einem Dritten entzogen oder gestört, so liegt verbotene Eigenmacht nicht vor, und ebensowenig dann, wenn der unmittelbare Besitzer selbst die ihm zustehende Gewalt nach seinem Belieben ausübt, mag dies auch in einer Weise geschehen, die ihm nach seinem Verhältnisse zum mittelbaren Besitzer nicht gestattet ist. Verbotene Eigenmacht kann also nur gegen den unmittelbaren Besitzer, sei es von dem mittelbaren Besitzer oder von einem Dritten, verübt werden, nicht aber gegen den mittelbaren Besitzer allein, sei es von dem unmittelbaren Besitzer, sei es von einem Dritten. Da aber nur der Besitzer, gegen den verbotene Eigenmacht verübt ist, die in den §§ 859, 861, 862 verzeichneten Schutzrechte hat, so stehen diese dem mittelbaren Besitzer nicht zu.

Im Verhältnisse des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer steht somit nur dem letzteren gegen den ersteren Besitz zu; der Mieter einer Wohnung kann also den Vermieter am Betreten der letzteren mit Gewalt hindern, und zwar auch wenn er obligatorisch verpflichtet ist, das Betreten zu gestatten (a. A. Dernburg S. 73, Kniep S. 9, 122, 315, vgl. auch Rspr. 2 S. 41), es sei denn, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen Eigenmacht ausnahmsweise gestattet ist. Denn wenn auch nicht nach den besonderen Vorschriften über den Besitzschutz, so genießt doch der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren Besitzer gegenüber Selbstschutz nach den sonstigen Vorschriften über erlaubte Selbsthilfe und Selbstverteidigung (insbes. §§ 227 ff., 904) und ferner Gerichtsschutz auf Grund des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnisses oder auf Grund eines ihm zustehenden Rechtes an der Sache. Gegen verbotene Eigenmacht Dritter ist der mittelbare Besitzer gleichfalls zum Selbstschutze nur nach den angeführten allgemeinen Vorschriften berechtigt; dabei kommt in Betracht, daß die gegen den unmittelbaren Besitzer verübte Eigenmacht zugleich einen rechtswidrigen Angriff gegen den mittelbaren Besitzer enthält, diesen also selbständig zur Notwehr berechtigt (ebenso Windscheid-Kipp Bd. I S. 698).

3. **Der Satz 3** des § 869 gibt dem mittelbaren Besitzer auch im Falle des § 867 einen Anspruch gegen den Besitzer des Grundstücks, aber nicht neben dem unmittelbaren Besitzer, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz der Sache nicht wieder übernehmen kann oder will. Mitbesitzer können den Anspruch einzeln geltend machen (a. A. Windscheid-Kipp Bd. I S. 739).

§. 870. Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen Anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.

§. 871. Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im §. 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer.

---

§ 870.

E. I § 804; II § 792 rev. § 855; III § 854. P. I S. 3409 ff.; M. III S. 95 ff. P. II Bd. 3 S. 220, 226 f. D. S. 656.

1. Der **§ 870 regelt die freiwillige Übertragung des mittelbaren Besitzes auf einen anderen.** Sie vollzieht sich, abweichend vom E. I § 804, ohne Zuziehung des unmittelbaren Besitzers durch Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen mittelbaren Besitzer. Zur Übertragung ist erforderlich und genügend, daß der Anspruch des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe der Sache, d. h. der Anspruch aus dem den mittelbaren Besitz vermittelnden Verhältnisse, dem anderen abgetreten, durch Vertrag übertragen (§ 398) wird. Daß der Anspruch auch ein nur vermeintlicher sein kann, ist schon in der Erl. 2 zu § 868 bemerkt. Die Abtretung bedarf keiner bestimmten Form. Ist dem mittelbaren Besitzer ein Konnossement, Ladeschein oder Lagerschein an Order erteilt, so kann die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Übergabe des indossierten Papiers erfolgen (HGB. §§ 363, 364).

Eine Anzeige von der Abtretung **an den unmittelbaren Besitzer** ist zur Übertragung des mittelbaren Besitzes nicht erforderlich (vgl. § 1205 Abs. 2, wo nur die Entstehung des Pfandrechts von der Anzeige abhängig gemacht wird; s. auch RG. 52 S. 277). Die Rechtslage des unmittelbaren Besitzers wird auch von der Übertragung des mittelbaren Besitzes nicht berührt; denn er behält nicht nur selbstverständlich, abgesehen von den besonderen Vorschriften über die Orderpapiere (HGB. § 364 Abs. 2), die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehenden Einwendungen auch dem neuen mittelbaren Besitzer gegenüber, sondern kann, soweit die Übertragung des mittelbaren Besitzes zum Zwecke der Übertragung des Eigentums oder der Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an einer beweglichen Sache erfolgt ist (§§ 931, 934, § 1032 Satz 2, § 1205 Abs. 2), dieselben Einwendungen auch dem dinglichen Anspruche des Erwerbers auf Herausgabe entgegensetzen (§ 986 Abs. 2, §§ 1065, 1227).

2. Die gleiche Wirkung wie der Abtretung des Herausgabeanspruchs wird einem sich **kraft Gesetzes** vollziehenden Eintritt eines anderen in das den mittelbaren Besitz vermittelnde Rechtsverhältnis beizumessen sein, wie solcher namentlich bei der Veräußerung eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks stattfindet (vgl. § 571 und die in den Vorbm. zu den §§ 571—579 angeführten Vorschriften).

Durch die im Wege **der Zwangsvollstreckung** erfolgende Überweisung des dem mittelbaren Besitzer zustehenden Herausgabeanspruchs **zur Einziehung** (CPO. §§ 846, 849) geht der Anspruch nicht auf den Gläubiger über und wird somit auch nicht der mittelbare Besitz auf diesen übertragen.

3. Wie auf seiten des mittelbaren Besitzers durch Übertragung des Anspruchs aus dem den mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisse, so kann auf seiten des vermittelnden Besitzers durch **Übernahme der Schuld** aus demselben Verhältnisse ein Dritter in dieses Verhältnis eintreten, vorausgesetzt, daß er auch den unmittelbaren Besitz übernimmt.

§ 871.

E. I § 821 Abs. 2; II § 791 rev. § 856; III § 855. P. I S. 3521 ff.; M. III S. 128. P. II Bd. 3 S. 221, 225.

Gegenüber dem § 868, der neben dem unmittelbaren Besitzer nur einen mittelbaren Besitzer zuläßt, erkennt der § 871 auch einen **mittelbaren Besitz entfernteren Grades** (Strohal S. 28) an. Ein solcher ist vorhanden, wenn der nächste mittelbare Besitzer wiederum zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art steht. Hat z. B. der unmittelbare Besitzer die Sache von einem Nießbraucher gemietet, so ist der Nießbraucher der nächste, der Besteller des Nießbrauchs der entferntere mittelbare Besitzer. Die Grade des mittelbaren Besitzes können sich auch noch vermehren. Hat z. B. in dem angeführten Falle der Mieter den Besitz wiederum einen Untermieter überlassen, so ist der Mieter der nächste mittelbare Besitzer.

Diese in einer entfernteren Beziehung zur Sache stehenden Personen sind

a) nach § 871 auch mittelbare Besitzer. Die besonderen vom mittelbaren Besitze handelnden Vorschriften finden also auch auf sie Anwendung. Indessen stehen die mittelbaren

§. 872. Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer.

Besitzer verschiedener Grade keineswegs schlechthin einander gleich. Vielmehr ist bei jeder einzelnen Vorschrift zu prüfen, wie sich ihre Anwendung auf diese verschiedenen Personen gestaltet. So wird z. B. nach § 1006 Abs. 3 die Vermutung des Eigentums nur für den mittelbaren Besitzer des entferntesten Grades gelten.

Was insbesondere die Anwendung des § 869 betrifft, so kann der entferntere mittelbare Besitzer Einräumung des Besitzes an ihn selbst erst dann verlangen, wenn nicht nur der bisherige unmittelbare Besitzer, sondern auch die näheren mittelbaren Besitzer den Besitz nicht übernehmen können oder wollen (M. III S. 128); andernfalls geht sein Anspruch nur auf Einräumung des Besitzes an den näheren mittelbaren Besitzer. Dies gilt auch dann, wenn der letztere dem entfernteren mittelbaren Besitzer gegenüber zur Überlassung des unmittelbaren Besitzes an den vermittelnden Besitzer nicht befugt war, z. B. der Mieter unbefugt untervermietet hat. Die in solchem Falle für den Eigentumsanspruch maßgebende Vorschrift des § 986 Abs. 1 Satz 2 ist auf den Besitzanspruch nicht übertragbar. Der Anspruch des entfernteren mittelbaren Besitzers geht also in erster Linie nur auf Wiedereinräumung des Besitzes an den Untermieter.

b) Die entfernteren mittelbaren Besitzer sind ferner in dem in der Erl. 4 zu § 868 dargelegten Sinne „auch Besitzer".

§ 872.

E. I § 797; II § 793 rev. § 857; III § 856. P. I S. 3377 ff.; M. III S. 80 ff. P. II Bd. 3 S. 219 f., 226 ff. D. S. 656.

1. Der § 872 enthält anhangsweise eine Begriffsbestimmung des Eigenbesitzes, die zwar nur außerhalb des vorliegenden Abschnitts zur Anwendung gelangt, ihrer allgemeinen Bedeutung wegen aber an dieser Stelle den passenden Platz gefunden hat. Für die Anwendung der Vorschriften des ersten Abschnitts unterscheidet sich der Eigenbesitz nicht von anderen Arten des Besitzes. Besondere Rechtsfolgen knüpfen sich aber an ihn nach § 836, § 900 Abs. 1, §§ 927 Abs. 1, §§ 937 ff., 955, 958, 988, 1120, 1127 (vgl. auch ZVG. §§ 147, 164). Namentlich kommt der Eigenbesitz hiernach als Voraussetzung des Eigentumserwerbes in Betracht.

2. Eigenbesitzer ist, wer eine Sache

a) besitzt, d. h. im unmittelbaren oder mittelbaren Besitze hat, und zwar

b) als ihm gehörend. Das bedeutet nicht, daß der Besitzer die Sache für eine ihm gehörende halten, die opinio dominii haben muß. Denn unzweifelhaft schließt der Mangel des guten Glaubens zwar die opinio dominii, nicht aber den Eigenbesitz aus (§ 937 Abs. 2, § 955 Abs. 1 Satz 2), auch der Dieb also ist Eigenbesitzer, und ebenso unzweifelhaft ist derjenige, welcher sich ein von ihm gekauftes Grundstück nur hat übergeben lassen, (gutgläubiger) Eigenbesitzer, wenngleich er weiß, daß er durch die bloße Übergabe Eigentümer nicht geworden ist. Vielmehr besitzt eine Sache als ihm gehörend, wer sie mit dem Willen besitzt, sie wie eine ihm gehörende zu besitzen. Es genügt also der Wille, die dem Inhalte des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache zu haben; nicht erforderlich ist der Wille, Eigentum zu haben, doch schließt der letztere Wille den ersteren in sich (a. A. Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 1901, S. 128 ff., der den Eigenbesitzwillen mit dem Eigentumserwerbswillen gleichsetzt).

3. Für den Erwerb und Verlust des Eigenbesitzes ergibt sich aus dem Begriffe folgendes:

a) Zum Erwerb ist erforderlich Erwerb des unmittelbaren (§ 854) oder mittelbaren Besitzes (Erl. 3a zu § 868) in Verbindung mit dem Willen des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen. Eigenbesitz kann seinem Begriffe nach ohne Willen nicht erworben werden. Der Wille muß, um rechtlich wirksam zu sein, nach allgemeinen Grundsätzen ausdrücklich oder stillschweigend kundgegeben sein (a. A. Manigk a. a. O. S. 141, Biermann Erl. 1 zu § 872). Die Kundgebung kann bei dem Besitzerwerbe stattfinden, wie z. B. in den Fällen des Besitzerwerbes durch Übergabe zu Eigentum (§ 929 Satz 1) oder zum Zwecke der Aneignung (§ 958); sie kann aber auch dem Besitzerwerbe nachfolgen, wie im Falle des § 929 Satz 2, wo ebenso wie im Falle der Übergabe die zum Eigentumserwerb erforderliche Einigung auf seiten des Erwerbers zugleich die Kundgebung des Eigenbesitzwillens in sich schließt, sowie in dem Falle, daß der Mieter die gemietete Sache auf Grund der nachträglich gewonnenen Überzeugung von seinem Eigentum als ihm gehörend zu besitzen anfängt. Weder der Besitzerwerb mit Eigenbesitzwillen noch die dem Besitzerwerbe nachfolgende Kundgebung dieses Willens sind auf die Hervorbringung eines recht-

Zweiter Abschnitt.
Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

---

lichen Erfolges gerichtete Privatwillenserklärungen; sie sind daher keine Rechtsgeschäfte, wohl aber Rechtshandlungen, auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere über Geschäftsfähigkeit und Vertretung, entsprechende Anwendung finden.

b) Verloren wird der Eigenbesitz entweder durch Verlust des unmittelbaren (§ 856) oder mittelbaren Besitzes (Erl. 3 b zu § 868) oder durch Aufgeben des zum Eigenbesitz erforderlichen Willens. Auf die Kundgebung des Aufgebungswillens finden wiederum die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung.

Zweiter Abschnitt.

Altvater, Das Grundbuchrecht, in der Meckl. Z. f. Rechtspfl. u. Rechtswissensch. Bd. 16 (1897) S. 72 ff.; Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerl. Gesetzgebung rc., I. Teil: Grundbuchrecht 1896; Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechte an Grundstücken, 1898. Vgl. im übrigen oben S. 25.

I. In dem vorliegenden Abschnitte werden die Rechte an Grundstücken allgemeinen Normen unterstellt, der Begriff des Grundstücks jedoch nicht bestimmt.

1. Aus den §§ 90 ff. ergibt sich negativ, daß unter Grundstücken diejenigen Sachen zu verstehen sind, welche nicht zu den beweglichen gehören. Es sind dies, positiv ausgedrückt, die Teile der Erdoberfläche, welche zwar mit dem Erdkörper fest zusammenhängen, die für den Sachbegriff erforderliche Selbständigkeit aber dadurch erlangen, daß jeder einzelne Teil durch eine in sich zurücklaufende mathematische Linie gegen die ihn umgebenden Teile der Oberfläche abgegrenzt wird. Denkt man sich diese Abgrenzung in die Tiefe fortgesetzt, so erhält man einen Erdausschnitt, den Flächen umschließen, welche von der auf der Oberfläche befindlichen Grenzlinie in senkrechter Richtung nach unten sich ausdehnen, bis sie in einer Linie zusammentreffen. Die so begrenzte Masse bildet den natürlichen Bestand des Grundstücks (M. III S. 48 f.). Vgl. § 905.

2. Die Anlegung des Grundbuchs, welche die Voraussetzung für das Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts des BGB. bildet (s. Vorbm. IV, EG. Art. 186, 189) setzt notwendig eine Ermittelung und Feststellung der einzelnen Grundstücke voraus (M. III S. 19 unter d). Das Ergebnis wird zweckmäßig in Karten veranschaulicht. Doch ist die Kartierung reichsgesetzlich nicht vorgeschrieben. Die GBO. § 2 Abs. 2 verlangt nur ein amtliches Verzeichnis, in welchem die Grundstücke unter Nummern oder Buchstaben aufgeführt sind. So wie in diesem Verzeichnisse, dessen Einrichtung im Wege landesherrlicher Verordnung bestimmt wird (Flurbuch, Fundbuch, Lagerbuch, Meßregister), sind die Grundstücke auch im Grundbuche zu bezeichnen. Ein Teil der Erdoberfläche, welcher in diesem Verzeichnisse keine besondere Nummer oder keinen besonderen Buchstaben erhalten hat, kann also nicht als ein selbständiges Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden. Dagegen können mehrere in dem Verzeichnis aufgeführte Parzellen als ein einheitliches Grundstück gebucht werden. Der Eigentümer kann nämlich mehrere Grundstücke als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen oder ein Grundstück einem anderen als Bestandteil zuschreiben lassen (§ 890); alsdann bilden nur die mehreren Parzellen zusammen ein Grundstück. Dagegen nimmt die Anlegung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblatts für mehrere Grundstücke diesen ihre Selbständigkeit nicht.

Grundsätzlich erhält allerdings jedes Grundstück im Grundbuch eine besondere Stelle, an welcher alle das Grundstück betreffenden Eintragungen bewirkt werden. Die GBO. hat für diese Stelle die technische Bezeichnung „Grundbuchblatt" aus der preußischen Gesetzgebung übernommen. Das Grundbuchblatt gilt für das Grundstück als das Grundbuch im Sinne des BGB. (GBO. § 3). Über mehrere Grundstücke desselben Eigentümers, die im Bezirke desselben Grund-

buchamts belegen sind, kann jedoch auch ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt werden, solange hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist (GBO. § 4; RG. 23 S. A 221; s. aber auch §§ 86 f.). Durch die Gemeinsamkeit des Blattes treten die Grundstücke aber, anders als nach manchen früheren Rechten, nicht in eine rechtliche Verbindung mit einander; vielmehr behalten sie ihre Selbständigkeit.

Demnach ist nicht das amtliche Verzeichnis und auch nicht die Gemeinsamkeit des Blattes für die Selbständigkeit der in das Grundbuch eingetragenen Grundstücke von entscheidender Bedeutung, sondern die Art ihrer Eintragung, nämlich ob sie in das Grundbuch gemäß BGB. § 890 (GBO. § 5) als ein einheitliches Grundstück oder gemäß GBO. §§ 3, 4 als selbständige Grundstücke gebucht sind. (Hinsichtlich der vor dem 1. Januar 1900 in das preuß. Grundbuchformular I eingetragenen mehreren Grundstücke vgl. Rspr. 3 S. 45.)

3. Die Vorschriften des BGB. über die Belastung der Grundstücke sind ihrem Wortlaute nach nur auf das ganze Grundstück, nicht auf Grundstücksteile berechnet. Da indessen die einzelnen Teile, aus welchen ein Grundstück besteht, nicht als wesentliche Bestandteile im Sinne des § 93 anzusehen sind (Bd. I S. 164 f. Erl. 2 zu § 93 und 2 zu § 94), so steht vom Standpunkte des BGB. der gesonderten Belastung eines Grundstücksteils nichts entgegen. Der Ordnung halber wird aber in der GBO. § 6 bestimmt, daß ein solcher Teil, wenn er mit einem Rechte belastet werden soll, von dem Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück zu buchen ist; nur bei der Belastung mit einer Dienstbarkeit oder einer Reallast kann die Abschreibung unterbleiben, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist (vgl. auch GBO. § 96). Für den Fall der Veräußerung ergibt sich die Notwendigkeit der Abschreibung des veräußerten Teiles ohne weiteres aus § 4 der GBO. (a. M. Rspr. 5 S. 3).

Ein Bruchteil eines Grundstücks ist kein selbständiges Grundstück und kann kein besonderes Grundbuchblatt erhalten. Er kann aber veräußert und mit einem Nießbrauche belastet werden; die Belastung mit anderen Rechten (Vorkaufsrecht, Reallast, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) ist nur zulässig, wenn der zu belastende Bruchteil in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (§§ 1095, 1106, 1114, 1192, 1199). Die Veräußerung und die Belastung erfolgt nach den für ganze Grundstücke geltenden Vorschriften. Daneben läßt das BGB. § 1010 besondere Belastungen der Grundstücksbruchteile zu.

II. Die Regel, daß jedes Grundstück ein Grundbuchblatt erhält (GBO. § 3), **erleidet einerseits eine Einschränkung, andererseits eine Erweiterung.**

1. Die Einschränkung besteht darin, daß nach der GBO. § 90 gewisse Grundstücke durch landesherrliche Verordnung von dem Buchungszwange befreit werden können. Es gehören hierher u. a. die öffentlichen Wege und Gewässer, sowie die dem Fiskus oder einem Landesherrn gehörenden Grundstücke. Solange ein solches Grundstück nicht gebucht ist, sind für die Veräußerung an eine Person, bei welcher nicht etwa der Buchungszwang eintritt, und für die Begründung und Aufhebung einer Dienstbarkeit die Landesgesetze maßgebend (EG. Art. 127 f.). Ein weitergehender Vorbehalt ist zu Gunsten der befreiten Grundstücke eines Eisenbahn- oder Kleinbahn-Unternehmens gemacht, soweit dieselben Bestandteile der Bahneinheit geworden sind (Art. 112). Abgesehen hiervon muß auch ein befreites Grundstück ein Blatt im Grundbuch erhalten, wenn es veräußert oder belastet werden soll.

2. Die Erweiterung der Regel besteht darin, daß für das Erbbaurecht (§§ 1012—1017), für das Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdnerrechts und des Häuslerrechts sowie für die den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegende Abbauberechtigung (EG. Art. 63, 68) ein Blatt im Grundbuch angelegt werden kann und daß die Landesgesetzgebung dies auch für vererbliche und veräußerliche Nutzungsrechte, welche beim Inkrafttreten des BGB. an einem Grundstücke bestehen (Art. 184, 196), und für sonstige Rechte, deren Regelung ihr vorbehalten ist (s. S. 3 Nr. 2a), vorschreiben darf (GBO. §§ 7, 83, 84). Eine solche Berechtigung wird zunächst auf dem Blatte des Grundstücks eingetragen, welches durch sie belastet wird. Soll sie aber veräußert oder mit einem Rechte belastet werden, so erhält sie von Amtswegen ein besonderes Grundbuchblatt; sonst wird dasselbe nur auf Antrag angelegt.

III. Die Vorschriften des BGB. über die Rechte an Grundstücken werden durch **andere reichsgesetzliche Bestimmungen** ergänzt. Das BGB. und insbesondere auch der vorliegende Abschnitt enthalten nur materielle Rechtssätze. Die formellrechtlichen Bestimmungen, die zu deren Ausführung dienen, sind in der GBO. getroffen. Für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück odere in eingetragenes Recht ist die CPO. §§ 704 ff., 864 ff. und, wenn die

Vollstreckung durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung erfolgt, das ZVG. maßgebend. Der Einfluß des **Konkurses** auf die Rechte an Grundstücken ergibt sich aus der KO. §§ 7, 10ff., 24, 29ff., 43ff., 47ff., § 106 Abs. 1 Satz 3, §§ 113ff.

Aus den Vorschriften der GBO. ist außer dem in Vorbm. I, II erwähnten noch folgendes hervorzuheben:

1. Die Führung der Grundbücher erfolgt durch **Grundbuchämter**, deren jedem ein bestimmter Bezirk zugewiesen wird (GBO. § 1 Abs. 1, §§ 4, 86). Jedes Grundbuchamt muß so eingerichtet sein, daß es die Verrichtungen, die ihm durch das BGB., die GBO. und andere Reichsgesetze übertragen werden, ordnungsmäßig versehen kann. Im übrigen ist die Organisation der Grundbuchämter Aufgabe der Bundesstaaten. Diese haben daher freie Hand, ob sie besondere Grundbuchämter errichten oder andere Behörden als Grundbuchämter verwenden wollen. Fast in allen deutschen Staaten sind die Amtsgerichte die Grundbuchämter. In Württemberg und Baden werden grundsätzlich in jeder Gemeinde staatliche Grundbuchämter errichtet.

2. Die Grundbücher sind für **Bezirke** einzurichten (GBO. § 2 Abs. 1; Ausn. § 85). Dem entspricht es, daß auch die **Anlegung** bezirksweise zu erfolgen hat. Die Regelung des Anlegungsverfahrens ist landesherrlicher Verordnung vorbehalten (EG. Art. 186; s. Vorbm. IV). Durch landesherrliche Verordnung kann auch nach näherer Vorschrift der GBO. §§ 87—89 bestimmt werden, daß bisher geführte Bücher als Grundbücher im Sinne des BGB. fortgeführt werden.

3. Über die **Einrichtung der Grundbücher** enthält die GBO. nur wenige Vorschriften. Außer den bereits (Vorbm. I 2, 3, II 2) erwähnten ist noch die Bestimmung des § 8 anzuführen, daß Rechte, welche dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehen (§ 96), auch auf dem Blatte dieses Grundstücks vermerkt werden, wenn es von dem Eigentümer oder von einem Dritten, dessen Zustimmung nach § 876 Satz 2 zur Aufhebung des Rechtes erforderlich ist, beantragt wird, und daß dieser Vermerk bei einer Änderung oder Aufhebung des subjektiv-dinglichen Rechtes von Amtswegen zu berichtigen ist (GBO. § 8, s. § 21). Im übrigen bestimmt sich die Einrichtung der Grundbücher nach den Anordnungen der Landesjustizverwaltung (GBO. § 1 Abs. 2). Dies gilt namentlich von der Einteilung des Grundbuchblatts in Abteilungen.

Die preuß. GBO. vom 5. Mai 1872 (§§ 6ff.) hatte drei Formulare vorgesehen. Das Formular I, eine Fortbildung des Foliums der Hyp.O. v. 20. Dezember 1783, enthält einen Titel für die Bezeichnung des Grundstücks bezw. der Grundstücke und für Abschreibungen, eine Abteilung für das Eigentum, eine zweite für dauernde Lasten und Einschränkungen des Eigentums, eine dritte für Hypotheken und Grundschulden. Das Formular II unterscheidet sich hiervon hauptsächlich dadurch, daß auf dem Titel die Person des Eigentümers und dessen Artikel in der Grundsteuer-Mutterrolle angegeben, die Grundstücke dagegen mit dem Eigentumserwerb in der ersten Abteilung nachgewiesen werden. Das Formular III ist für Bergwerke bestimmt, an welchen das Miteigentum den Gewerken nach Kuxen des vor dem Berggesetze v. 24. Juni 1865 geltenden Rechtes zusteht. An Stelle der Formulare I und II ist durch die Allg. Verf. des JM. v. 20. Novbr. 1899 §§ 5ff. ein neues Formular eines Grundbuchblatts eingeführt worden. Dieses besteht aus der Aufschrift, in der das Amtsgericht, der Bezirk, der Kreis sowie die Nummern des Bandes und des Blattes anzugeben sind, dem Bestandsverzeichnisse und drei Abteilungen. Das Bestandsverzeichnis zerfällt wieder in das Verzeichnis der Grundstücke und das Verzeichnis der mit dem Eigentume verbundenen Rechte. Die drei Abteilungen entsprechen mit geringen Abweichungen dem bisherigen Formular I. Nach diesem neuen Formulare sind nur die Grundbuchblätter in neu anzulegenden Bänden und nur, wenn die Bücher noch nicht eingebunden sind, alle neu anzulegenden Grundbuchblätter einzurichten; im übrigen werden die bisherigen Grundbücher mit gewissen Änderungen weitergeführt (Allg. Verf. v. 20. Novbr. 1899 §§ 27f.).

In Bayern und in Württemberg zerfällt das Grundbuchblatt in einen Titel und drei Abteilungen, von denen die zweite und dritte für dieselben Eintragungen wie in Preußen bestimmt sind. Der Titel enthält in der Pfalz den Namen des Eigentümers und im rechtsrheinischen Bayern die Bezeichnung des Grundstücks oder des Rechtes, die erste Abteilung dort die Grundstücke und hier den Eigentümer (JMBek. v. 12. Novbr. 1898 u. v. 15. Sept. 1902). In Württemberg sind zwei Formulare eingeführt, ein Personalfolium (Grundbuchheft), welches regelmäßig angewendet werden soll und auf dem Titel den Eigentümer und in der ersten Abteilung die Grundstücke enthält, und ein Realfolium (Grundbuchblatt), bei dem der Titel die Parzellennummer und die erste Abteilung die Beschreibung des Grundstücks und den Eigentümer aufführt (Verf. v. 2. Sept. 1899; Klumpp S. 115ff.). In Sachsen enthält das Grundbuchblatt die

drei Abteilungen: 1. der Sache, 2. des Eigentümers und 3. der Lasten (BO. v. 26. Juli 1899 § 36; Kretzschmar I S. 23, 451 ff.). Vgl. im übrigen Fuchs II S. 40 ff.

4. Das **Verfahren**, welches bei den Eintragungen in das Grundbuch zu beachten ist, ist in der GBO. §§ 13 ff. vorgeschrieben. Hiernach bilden die regelmäßigen Voraussetzungen einer Eintragung: kraft des sog. Antragsprinzips ein Antrag des Passivbeteiligten, d. h. desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, oder des Aktivbeteiligten, d. h. desjenigen, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll (GBO. § 13, vgl. §§ 14—18), ferner die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (sog. formelles Konsensprinzip, GBO. §§ 19 ff., s. unten Vorbm. V 3 und Erl. III 3 zu § 873) und die vorgängige Eintragung des letzteren als Berechtigten in das Grundbuch (GBO. §§ 40 f.). Weitere Voraussetzungen der Eintragungen ergeben sich aus der GBO. §§ 27, 42 ff. An die Stelle des Antrags und der Bewilligung tritt in den gesetzlich bestimmten Fällen das Ersuchen einer zuständigen Behörde (ebd. § 39). Vgl. ferner über den Inhalt der Eintragungsbewilligung ebd. § 28, über den Nachweis der Voraussetzungen der Eintragungen §§ 29 ff., über den Inhalt der Eintragungsvermerke §§ 45 ff. und über die Bekanntmachung der Eintragungen § 55.

Die Beobachtung dieser Vorschriften der GBO. ist übrigens für das materielle Recht ohne Bedeutung. Wenn die in dem BGB. geforderten Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsänderung, also regelmäßig die Einigung und die Eintragung vorliegen, tritt die Rechtsänderung selbst dann ein, wenn gegen die Verfahrensvorschriften der GBO. verstoßen ist, wenn z. B. die Eintragung wegen des Fehlens des Antrags oder der Eintragungsbewilligung nicht erfolgen durfte.

5. Gegen die Entscheidungen der Grundbuchämter findet nach näherer Vorschrift der GBO. §§ 71 ff., 100 ff. die **Beschwerde** an die Civilkammern der Landgerichte und gegen deren Entscheidungen die weitere Beschwerde an die Civilsenate der Oberlandesgerichte (bezw. des Kammergerichts oder des obersten Landesgerichts) statt; will das Oberlandesgericht (Kammergericht oder oberste Landesgericht) bei der Auslegung einer das Grundbuchrecht betreffenden reichsgesetzlichen Vorschrift von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Reichsgerichts abweichen, hat es die weitere Beschwerde dem Reichsgerichte zur Entscheidung vorzulegen.

IV. Die **Vorschriften der Landesgesetze** über den Erwerb und Verlust des Eigentums sowie über die Begründung, Änderung, Übertragung, Belastung und Aufhebung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke treten mit dem durch landesherrliche Verordnung zu bestimmenden Zeitpunkt außer Kraft, in welchem das Grundbuch für den Bezirk, in welchem das Grundstück liegt, als angelegt anzusehen ist (EG. Art. 1, 55, 186, 189). Sie bleiben jedoch auch nach diesem Zeitpunkt insoweit anwendbar, als der Landesgesetzgebung die Regelung des Rechtes vorbehalten ist. Die Vorbehalte des EG. Art. 57 ff. erstrecken sich im allgemeinen auch auf das Grundbuchrecht. Die bezüglichen Bestimmungen des BGB. kommen daher nur insoweit zur Anwendung, als das Landesgesetz (ausdrücklich oder stillschweigend) auf sie verweist. Vgl. Art. 4.
Übergangsvorschriften werden im EG. Art. 164, 167 f., 181, 184, 186 ff. gegeben.

V. Die **allgemeinen Grundsätze**, welche Preußen und andere Staaten bei der Regelung des Grundbuchrechts befolgten, werden auch von dem BGB. anerkannt oder vorausgesetzt. Hervorzuheben sind folgende:

1. **Öffentlichkeitsprinzip.** Die Grundbucheinrichtung bezweckt, die Grundstücke und die Rechte an denselben erkennbar zu machen. Die Erreichung dieses Zweckes bedingt einerseits, daß das Buch formell öffentlich ist, d. h. jedem, der ein berechtigtes Interesse darlegt, zur Einsicht offen steht, andererseits, daß die Angaben des Buches zuverlässig (richtig und vollständig) sind. Die formelle Öffentlichkeit wird in der GBO. §§ 11, 93 gewährleistet; die materielle Seite des Prinzips äußert sich darin, daß das Grundbuch öffentlichen Glauben hat (oben S. 22 ff.). Vermöge dieses Grundsatzes gilt zu Gunsten eines Dritten, der dem Buche vertraut, nach Maßgabe der §§ 892 f. der Inhalt des Buches als richtig.

2. **Eintragungsprinzip.** Mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist der Übelstand verbunden, daß durch erfolgreiche Berufung auf denselben der Zwiespalt zwischen der wirklichen Rechtslage und derjenigen, welche das Buch anzeigt, zu Gunsten der letzteren gehoben wird. Die Fälle eines solchen Zwiespalts werden zwar dadurch vermindert, daß eine Eintragung in das Grundbuch nur erfolgen darf, wenn das Grundbuchamt ihre gesetzlichen Voraussetzungen geprüft und hierbei festgestellt hat, daß dieselben vorliegen (Legalitätsprinzip; GBO. §§ 13 ff.). Allein dieses Prinzip vermag sich doch immer nur dann zu betätigen, wenn überhaupt der Fall

zur Kenntnis der Buchbehörde gelangt. Das Gesetz muß deshalb Vorsorge treffen, daß die Beteiligten durch das materielle Recht genötigt werden, in allen Fällen, in welchen ihre Abmachungen auf eine Eintragung in das Grundbuch hinzielen, die Eintragung nachzusuchen. Dies geschieht, wenn man von dem Grundsatze der formalen Rechtskraft des Buchinhalts (oben S. 13, 23) absieht, am zweckmäßigsten dadurch, daß das Gesetz die auf Rechtsgeschäft beruhenden Änderungen des Rechtsbestandes eines Grundstücks von der Eintragung abhängig macht. Daß das BGB. in diesem Sinne das Eintragungsprinzip befolgt, wurde bereits in den Vorbemerkungen S. 12 dargelegt.

3. **Konsensprinzip.** Der Name stammt aus dem hanseatischen Rechte. Für Hamburg, wo die Einschreibungen formale Rechtskraft haben, bestimmt das Gesetz v. 4. Dezember 1868 § 4 unter der Überschrift „Konsensprinzip": „Die Übertragung von Grundeigentum und Hypothekposten, sowie die Tilgung solcher Posten in den Grund- und Hypothekenbüchern setzt regelmäßig einen von demjenigen, welchem das Grundstück oder der Hypothekposten darin zugeschrieben steht, seinen gesetzmäßigen Vertretern oder Rechtsnachfolgern an das Hypothekenbureau gerichteten Antrag oder demselben erteilten Konsens voraus ..." Das gleiche gilt in Lübeck und, wenn auch mit Modifikationen, in Mecklenburg. Die Zustimmung des Erwerbers wird hier gleichwie in Hamburg nur bei der Eigentumsübertragung verlangt. Die Bedeutung des Prinzips ist lediglich formellrechtlicher Natur, da der Konsens nur Voraussetzung der Einschreibung, nicht aber Erfordernis der Rechtsänderung ist.

Erst das preuß. Gesetz v. 5. Mai 1872 verwertete das Konsensprinzip auch für das materielle Recht, indem es im Falle einer freiwilligen Veräußerung nicht bloß die Eintragung, sondern den mit dieser sich vollendenden Eigentumsübergang von einer Auflassung, d. h. der Eintragungsbewilligung des Veräußerers und dem Eintragungsantrage des Erwerbers (§ 2), abhängig machte (§ 1).

Das BGB. hat den Gedanken verallgemeinert, gleichzeitig aber das Prinzip dahin modifiziert, daß für die rechtsgeschäftlichen Änderungen des Rechtsstandes eines Grundstücks, die einen Rechtserwerb bezwecken, die „Einigung" des Veräußerers und des Erwerbers darüber, daß die Rechtsänderung eintreten soll, also der abstrakte Konsens der Beteiligten als Erfordernis aufgestellt wird (oben S. 13 ff.). Fehlt die Erklärung des einen Teiles, so muß dessen Verurteilung zu ihrer Abgabe nach Maßgabe der CPO. § 894 Abs. 1 von dem anderen Teile erwirkt werden (Bd. I S. 180 Vorbm. II 1 c).

Zur Aufhebung eines eingetragenen Rechtes bedarf es keiner Einigung; es genügt in der Regel die Verzichterklärung des Berechtigten und die Löschung (§§ 875, 928, 1183).

Das formelle Konsensprinzip liegt den Bestimmungen zu Grunde, durch welche das Verfahren bei der Eintragung in der GBO. §§ 19 ff. geregelt wird. Nach demselben ist zur Rechtfertigung des Antrags auf eine Eintragung in das Grundbuch die einseitige Bewilligung des Passivbeteiligten (s. Vorbm. III 4) erforderlich und genügend. Der Nachweis der Einigung bildet die Voraussetzung der Eintragung nur in den Fällen der Eigentumsübertragung (Auflassung) und der Bestellung und der Übertragung eines Erbbaurechts, eines Erbpachtrechts und eines Abbaurechts (GBO. §§ 20, 84). Über sonstige Ausnahmen von der Regel des § 19 der GBO. vgl. ebd. §§ 21 ff.; vor allem kann eine Grundbuchberichtigung auf Grund des formgerechten Nachweises der Unrichtigkeit erfolgen, ohne daß es einer Eintragungsbewilligung bedarf.

4. **Spezialitätsprinzip.** Man versteht hierunter den Grundsatz, daß die von den Eintragungen betroffenen Grundstücke und der Inhalt der eingetragenen Rechte bestimmt bezeichnet werden müssen. Daß jedes selbständige Grundstück in dem Grundbuche besonders bezeichnet wird, bringt schon das Grundbuchsystem mit sich und das Eintragungsprinzip nötigt dazu, ein Recht, welches mehrere auf verschiedenen Blättern verzeichnete Grundstücke ergreifen soll, auf jedem dieser Blätter einzutragen und bei der Eintragung einer jeden Rechtsänderung deren Inhalt genau zu bezeichnen. Demnach ist das Spezialitätsprinzip auch in dem BGB. und der GBO. enthalten. Vgl. hinsichtlich der Bezeichnung der Grundstücke S. 71 Vorbm. I 2 und bezüglich des Inhalts der Eintragung Erl. IV 2 zu § 873 sowie § 874. Von besonderer Bedeutung ist der Grundsatz für den Umfang der hypothekarischen Haftung; darüber vgl. §§ 1115, 1190 (s. Perls, Die Bestimmtheit der Hypothekenschuld, in Iherings Jahrb. 45 S. 210 ff.).

5. **Prioritätsprinzip.** Die Rechte, welche ein Grundstück belasten, gehen als Beschränkungen des Eigentums diesem vor. Der Eigentümer kann daher grundsätzlich, soweit der Inhalt eines solchen Rechtes reicht, zu dessen Nachteil seine Befugnisse nicht ausüben (§ 903), namentlich ein solches Recht nur unbeschadet der bestehenden Rechte an dem Grundstück bestellen. Der

hieraus für diese Rechte sich ergebende Grundsatz „Prior tempore potior jure" (oben S. 9) wurde freilich durch gesetzliche Bevorzugung gewisser Kategorieen verschiedentlich durchbrochen. Aber schon die neuere Landesgesetzgebung hat sich mehr und mehr dem reinen Prioritätsprinzipe genähert, und die Reichsgesetzgebung ist diesem Vorgange gefolgt. Das BGB. knüpft jedoch das Rangverhältnis nicht an das Alter der Rechte, sondern, da dieses nicht oder doch nicht immer aus dem Grundbuche sich erkennen läßt, — in Konsequenz bezw. unter Ausdehnung des Eintragungsprinzips — an die Reihenfolge, in welcher die Rechte eingetragen sind, so zwar, daß jedes Recht den Rang vor denjenigen Rechten hat, welche in der Reihenfolge hinter ihm stehen. Nur wenn dieser Gesichtspunkt versagt, weil die Rechte in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchblatts eingetragen sind, hat das unter einem früheren Datum eingetragene Recht den Vorrang; Rechte, deren Eintragung dasselbe Datum führt, haben gleichen Rang. Darauf, ob die nach § 873 erforderliche Einigung vor oder nach der Eintragung erfolgt ist, kommt es nicht an. Eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses kann nur berücksichtigt werden, wenn sie eingetragen ist. Vgl. § 879.

VI. Darüber, was in das Grundbuch eingetragen werden darf, enthält weder das BGB. noch die GBO. eine allgemeine Bestimmung. Man wird sie auch nicht vermissen, da das Grundbuch eine positive Einrichtung ist, welche den Privaten nur in den Schranken des Gesetzes zugänglich sein kann. Aus dieser Natur des Buches folgt, daß **eine Eintragung, die in dem Gesetze nicht vorgesehen ist, als unstatthaft betrachtet werden muß** (P. I S. 3626). Hierher gehören namentlich obligatorische Rechte; nur Ansprüche auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes können im Grundbuche vorgemerkt (§ 883), aber nicht in anderer Weise gebucht werden, die Eintragung sonstiger obligatorischen Rechte ist unzulässig, da sie nach dem oben S. 7 gesagten völlig bedeutungslos sein würde (KG. 20 S. A 91). Als obligatorische Rechte sind z. B. von der Eintragung ausgeschlossen Miete und Pacht (RG. 54 S. 233, KG. 24 S. A 121), das Wiederkaufsrecht (Rspr. 2 S. 489), ein Verzicht des Eigentümers auf Entschädigung für Nachteile, die infolge des Betriebs einer Eisenbahn oder eines Bergwerkes, durch Kanalisierungsarbeiten od. ä. erwachsen sollten (KG. 21 S. A 310, 22 S. A 152, Rspr. 3 S. 291, 4 S. 68), ein Vorbehalt der Rechte auf einen Schatz, der etwa in dem veräußerten Grundstücke gefunden werden sollte, seitens des Veräußerers (KG. 24 S. A 244) ꝛc. Auch solche Vermerke, die etwas Selbstverständliches enthalten und daher das Grundbuch nur unnütz belasten würden, sind nicht eintragungsfähig (KG. 20 S. A 203, 21 S. A 165, 25 S. A 147). Andererseits ist nicht erforderlich, daß die Zulässigkeit einer Eintragung im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (so RG. 48 S. 63), sie kann vielmehr auch stillschweigend vorgesehen sein, indem an sie eine Rechtswirkung geknüpft ist (vgl. M. z. GBO. S. 50). Danach sind einmal solche Eintragungen zulässig, welche tatsächliche Angaben über das Grundstück enthalten, ferner solche, durch welche die Rechte an dem Grundstück unmittelbar betroffen werden, und schließlich solche, die gegen die Verfügungsbefugnis des Berechtigten gerichtet sind. Dazu kommen als vorläufige Eintragungen die Vormerkungen und die Widersprüche (s. Vorbm. VII).

1. **Tatsächliche Angaben über das Grundstück** sind von der Eintragung nicht ausgeschlossen. In P. II Bd. 3 S. 49 wird zwar gesagt, daß das Grundbuch nicht zur Aufnahme tatsächlicher Umstände (z. B. Größe und Lage eines Grundstücks) bestimmt sei. Allein die Landesgesetzgebung hat im Interesse des Realkredits gerade darauf Gewicht gelegt, daß das Grundbuch auch über dergleichen Momente Auskunft gebe (sächs. Hyp.O. § 124; preuß. GBO. § 8). Und wenn auch die Reichsgesetzgebung in dieser Hinsicht nur die Anforderung stellt, daß die Bezeichnung der Grundstücke im Grundbuche dieselbe wie in dem amtlichen Grundstücksverzeichnisse sein soll, so ist doch die Landesjustizverwaltung, nach deren Anordnungen die Grundbücher einzurichten sind, nicht behindert, die Eintragung tatsächlicher Nachrichten über die Grundstücke zuzulassen und vorzuschreiben (GBO. § 1 Abs. 2, § 57 Abs. 2 Nr. 1; vgl. §§ 89, 97). Eine andere Frage ist die, ob derartige Angaben die Vermutung aus § 891 für sich haben und unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuches stehen; vgl. darüber Erl. 2 zu § 891, Erl. I1 zu § 892.

2. Eintragungsfähige **dingliche Rechte** an Grundstücken sind nach dem BGB. nur das Eigentum, das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, das Vorkaufsrecht, die Reallasten, die Hypothek, die Grundschuld und die Rentenschuld sowie die durch § 1010 zugelassene Belastung der Grundstücksbruchteile und an den Rechten an Grundstücken, die nicht wie das Erbbaurecht den Grundstücken selbst gleichgestellt sind, läßt das BGB. nur Nießbrauch und Pfandrecht zu. Dazu kommen die landesrechtlich geregelten dinglichen Rechte innerhalb des Bereichs der Vorbehalte im EG. (vgl. oben S. 5 f.). Kein dingliches Recht und nicht eintragungsfähig ist dagegen z. B. der

Besitz und das Recht der ehelichen oder der elterlichen Nutznießung (§§ 1363, 1404, 1649, 1684; s. S. 79 Vorbm. 3a).

Die Eintragung der dinglichen Rechte, des Erwerbes und der Aufhebung, hat eine verschiedene Bedeutung, je nachdem sie Erfordernis der Rechtsänderung ist oder die Änderung sich außerhalb des Grundbuchs vollzogen hat; sie ist in den Fällen der ersteren Art, auf welche sich die Bemerkungen unter V 2 beziehen, konstitutiv, in den Fällen der letzteren Art nur beurkundend. Die in dem Buche erfolgende Beurkundung eines Rechtes oder der Aufhebung desselben hat den Zweck der Veröffentlichung. Durch diese wird der Rechtsänderung die absolute Wirkung erhalten und demgemäß Schutz gegen die Nachteile gewährt, welche sonst dem Berechtigten durch Berufung eines Dritten auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs entstehen könnten (§§ 892 f.). Das BGB. hat an verschiedenen Stellen Eintragungen mit dieser Wirkung vorgesehen oder vorausgesetzt, z. B. in den §§ 894, 895, 901, § 1075 Abs. 1, § 1154 Abs. 2, §§ 1163 ff., § 1287 Satz 1, § 1438 Abs. 3, § 1485 Abs. 3, § 1519 Abs. 2; ergänzende Bestimmungen finden sich in anderen Gesetzen, namentlich in der GBO. §§ 14, 22 ff., 34 ff., 52, 53, der CPO. § 848 Abs. 2 und dem ZVG. § 130.

Die Regel, welche aus dem BGB. und den übrigen in Betracht kommenden Gesetzen sich ergibt, ist die, daß alle Rechte an Grundstücken und alle Änderungen eines eingetragenen Rechtes, mit Einschluß der Aufhebung eines solchen, zur Eintragung in das Grundbuch bestimmt sind, und zwar nicht bloß die Änderungen, für welche die Eintragung Erfordernis ist, sondern auch diejenigen, welche außerhalb des Grundbuchs vor sich gehen. Ausgenommen sind nur die Renten, welche für die Duldung eines Überbaues oder für einen Notweg zu entrichten sind (§ 914 Abs. 2 Satz 1, § 917 Abs. 2 Satz 2).

Die Eintragungen sind der Regel nach endgültige; ihre rechtliche Bedeutung erhellt aus den bisherigen Erörterungen. Über die vorläufigen Eintragungen wird unter VII besonders gehandelt.

Die endgültigen Eintragungen führen den Namen „Löschung", wenn durch sie ein eingetragenes Recht für aufgehoben oder erloschen oder die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung, einer Vormerkung oder eines Widerspruchs für beseitigt erklärt wird; sie sind ebenso wie die übrigen Eintragungen entweder konstitutiv (§§ 875, 886, § 1132 Abs. 2, § 1183) oder nur beurkundend, letzteres namentlich, wenn in den Fällen der §§ 887, 1061, 1072, des § 1175 Abs. 1 Satz 2, des § 1181 oder des § 1273 (§ 1252) gelöscht ist. Die Löschung erfolgt durch Eintragung eines Löschungsvermerkes; die Durchstreichung des die Eintragung enthaltenden Vermerkes hat nicht die Wirkung der Löschung, dagegen steht das Unterlassen der Mitübertragung eines eingetragenen Rechtes bei der Übertragung eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils auf ein anderes Blatt der Löschung gleich (GBO. § 47). Die Vorschriften der GBO. §§ 13 ff. über die Eintragung sind auch auf die Löschung berechnet, soweit nicht ihr Inhalt ergibt, daß sie auf die Löschung nicht angewendet werden können. Besondere Vorschriften über die Löschung siehe ebd. § 22 Abs. 1 Satz 2, §§ 23—25, 27, § 54 Abs. 1 Satz 2, §§ 69 f., § 76 Abs. 2 und in dem ZVG. §§ 34, 130, 131, 145, 158, 161.

3. Verfügungsbeschränkungen finden entweder im öffentlichen Interesse oder nur zum Schutze bestimmter Personen statt (s. auch Ramdohr in Gruch. 44 S. 324 ff.).

Die ersteren scheiden hier aus, weil ihre Eintragung in das Grundbuch nicht vorgesehen ist. Eine Verfügung, die einer solchen Beschränkung zuwider über ein Grundstück oder ein Recht an einem solchen vorgenommen wird, ist nichtig (§ 134), und die Nichtigkeit kann gegen denjenigen, zu dessen Gunsten verfügt ist, auch dann geltend gemacht werden, wenn er ihren Grund (die Beschränkung des Verfügungsrechts) nicht gekannt hat. Als Beispiele von Verfügungsbeschränkungen im öffentlichen Interesse pflegen nach dem Vorgange der M. III S. 216 die im EG. Art. 119 aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Verbote der Veräußerung, Teilung und Zusammenlegung von Grundstücken angeführt zu werden. Die Motive rechnen hierher aber auch die Fälle, in welchen das Gericht das Vermögen eines des Landesverrats rc. Beschuldigten in Gemäßheit des StGB. § 93 und der StPO. § 480 mit Beschlag belegt oder gegen einen Abwesenden, der mit öffentlicher Klage belangt ist, an Stelle der nicht ausführbaren Verhaftung die Vermögensbeschlagnahme beschließt (P. 1 S. 3616; weitere Beispiele bei Predari S. 170 ff.).

Die Vermögensbeschränkungen zum Schutze bestimmter Personen bedürfen, um absolute Wirkung zu erlangen, der Eintragung in das Grundbuch. Solange eine solche Beschränkung nicht eingetragen ist, kann ihr eine stärkere Wirkung als einem aus dem Buche nicht ersichtlichen Rechte an dem Grundstücke nicht beigemessen werden; sie wirkt daher gleichwie dieses

gegen einen Dritten nur, wenn der Dritte bei der zu seinen Gunsten erfolgten Verfügung über das dingliche Recht das Verhältnis kannte (§ 135 Abs. 2, § 892). Durch die Eintragung wird die Wirkung in der Weise verstärkt, daß der dritte Erwerber sich nicht damit entschuldigen kann, daß ihm die Verfügungsbeschränkung nicht bekannt gewesen sei. Dagegen wird durch sie die Verfügungsbeschränkung inhaltlich nicht geändert, namentlich nicht in der Richtung erweitert, daß sie auch zu Gunsten anderer Personen wirksam wird als derjenigen, deren Schutz sie bezweckt (JW. 1903 Beil. S. 75).

Eine Verfügungsbeschränkung kann durch ein gesetzliches Veräußerungsverbot unmittelbar, aber auch durch ein Verbot, welches von einem Gericht oder einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen wird, gegen einen dinglich Berechtigten begründet werden.

a) Nach dem E. I § 107 Abs. 2 galt „als gesetzliches Veräußerungsverbot", wie bereits in Erl. 6 zu § 135 (Bd. I S. 246) hervorgehoben wurde, „auch die in einem Rechtsgeschäfte sich gründende, nach gesetzlicher Vorschrift gegen Dritte wirksame Verfügungsbeschränkung". Allein bei der zweiten Lesung wurde diese Fiktion beseitigt. Man hielt es für zweifelhaft, ob in dem Entw. überhaupt ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot mit dinglicher Wirkung zu finden sei; die als solches bezeichnete Beschränkung, die der Erbe durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers erleidet, meinte man, ließe sich auch als ein unmittelbar auf das Gesetz sich gründendes Veräußerungsverbot auffassen (P. II Bd. 1 S. 125). Dem BGB. gegenüber ist diese Auffassung als die richtige anzusehen. Der § 137 spricht klar und deutlich aus: „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden"; eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, hat nur obligatorische Wirkungen und kann deshalb in das Grundbuch nicht eingetragen werden (KG. 20 S. A 292, 21 S. A 133). Wenn daher mit gewissen Rechtsverhältnissen, die der Privatwillkür ihre Entstehung verdanken, sich Verfügungsbeschränkungen verbinden, so können sie füglich nicht als rechtsgeschäftliche, sondern nur als gesetzliche bezeichnet werden (a. M. Fuchs S. 84, 166, 168 f.). In diesem Sinne sind gesetzliche Verfügungsbeschränkungen nicht bloß diejenigen, welche durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers hervorgerufen werden (§ 2211, GBO. § 53; s. Bd. V Erl. zu §§ 2211 ff.), sondern auch die an die Einsetzung eines Nacherben sich knüpfenden Beschränkungen des Vorerben (§ 2113, GBO. § 52; s. Bd. V Erl. zu §§ 2113 ff.), wie überhaupt die Verfügungsbeschränkungen, die aus bedingten oder befristeten Verhältnissen hervorgehen (§§ 161, 163). Ob und inwieweit auch die nach dem EG. Art. 57 ff. der landesgesetzlichen Regelung verbliebenen Verhältnisse hierher gehören, bestimmt sich nach dem Inhalte der Landesgesetze.

Eine der praktisch wichtigsten Verfügungsbeschränkungen, die durch das Gesetz verhängt werden, ist diejenige, welche eine Folge des Konkurses ist. „Mit der Eröffnung des Verfahrens," so heißt es in der KO. § 6 Abs. 1, „verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen." Diese Verfügungsbeschränkung bezweckt nur den Schutz der Konkursgläubiger, hindert mithin einen Dritten, zu dessen Gunsten der Gemeinschuldner über ein zur Masse gehörendes Grundstück oder eingetragenes Recht verfügt, nicht an der Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (KO. §§ 1, 3, 7). Die Konkurseröffnung muß daher bei diesen Gegenständen in das Grundbuch eingetragen werden (ebd. § 113), um bezüglich derselben absolute Wirkung zu erlangen (vgl. M. III S. 217). Da die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind (KO. § 7, s. auch § 15), steht die Konkurseröffnung und die Eintragung des Konkursvermerkes in das Grundbuch nach der herrschenden Meinung späteren Eintragungen auf Grund von Bewilligungen des Gemeinschuldners nicht entgegen (KG. 22 S. A 129; a. M. auf Grund des § 6 der KO. Kretzschmar I S. 114 und im CBl. f. FG. 2 S. 815, Schöller in DJZ. 1902 S. 165, Biermann S. 81). Nur Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung sowie Eintragungen von Vormerkungen auf Grund einstweiliger Verfügungen können während der Dauer des Konkursverfahrens zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger nicht erfolgen (KO. § 14) und die Löschung eines Rechtes des Gemeinschuldners auf Grund seiner Bewilligung ist nicht zuzulassen, weil nach der Löschung nichts übrig bleiben würde, woran die Konkursgläubiger sich halten könnten, ihr Recht also durch die Löschung vereitelt werden würde (KG. 23 S. A 242).

Eine ähnliche Wirkung wie die Konkurseröffnung hat nach BGB. § 1984 die Anordnung der Nachlaßverwaltung; die Vorschriften der §§ 6 f. der KO. finden auf sie entsprechende Anwendung (s. Bd. V Vorbm. vor § 1975, Erl. zu § 1984).

Eine gesetzliche Verfügungsbeschränkung kann nach der CPO. § 265 Abs. 1 und § 325 Abs. 1, 2 auch durch die Rechtshängigkeit begründet werden, wenn ein eingetragenes Recht den Gegenstand oder die Voraussetzung der Klage gegen den Berechtigten oder gegen denjenigen bildet, welchem das Recht im Grundbuche zugeschrieben ist. Ein Veräußerungsverbot knüpft sich freilich nicht an die Rechtshängigkeit, wohl aber eine Verfügungsbeschränkung des Inhalts, daß der Beklagte den Streitgegenstand nur so veräußern darf, daß das gegen ihn ergehende Urteil in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Erwerber wirksam und vollstreckbar ist (a. M. Fuchs S. 166 f., Kretzschmar im CBl. f. FG. 3 S. 647 f.; s. auch P. II Bd. 3 S. 107). Diese Beschränkung ist absoluter Natur, wenn das Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld betrifft (CPO. 325 Abs. 3). Im übrigen wirkt sie gegen den Erwerber nur, wenn sie ihm bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich war. Ihre Eintragung kann nicht nur auf Grund einer Bewilligung des Beklagten oder einer einstweiligen Verfügung (CPO. § 938), sondern gemäß § 22 der GBO. auch auf Grund des Nachweises der Rechtshängigkeit erfolgen (a. M. M. III S. 217 f.; Turnau-Förster I S. 214).

Die Beschränkungen, denen die Verfügungsbefugnis einer Ehefrau infolge der ehelichen Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterliegt, wirken nach § 1404 ebenso absolut wie das Recht, dessen Kehrseite sie sind; sie werden in das Grundbuch nicht eingetragen und infolgedessen ist auch der Ausschluß des Verwaltungs- und Nutznießungsrechts des Ehemanns nicht eintragungsfähig (RJA. 3 S. 161; vgl. Teutsch in JW. 1902 S. 383). Auch die Hindernisse, welche der Verfügung über ein eingetragenes Recht aus der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Berechtigten entstehen, gehören nicht hierher; sie beschränken nicht die Befugnis, sondern die Fähigkeit zur Verfügung nach Maßgabe der §§ 104 ff., ohne Rücksicht darauf, ob demjenigen, zu dessen Gunsten verfügt wird, der Mangel bekannt ist oder nicht. Eine bezügliche Eintragung in das Grundbuch zum Schutze des Verkehrs ist nicht vorgesehen und daher unzulässig (abw. Rspr. 1 S. 326). Ebenfalls eintragungsunfähig, weil es sich bei ihnen weder um Verfügungsbeschränkungen zu Gunsten bestimmter Personen noch um dingliche Rechte handelt, sind die Verpflichtungen und Beschränkungen, die sich aus den Vorschriften des Nachbarrechts ergeben (Rspr. 1 S. 380, Predari S. 169 f.), forstpolizeiliche oder baupolizeiliche Eigentumsbeschränkungen (Rspr. 6 S. 490), das Recht der Gemeinde auf Entziehung des Grundeigentums gemäß des festgesetzten Fluchtlinienplans (KG. 25 S. A 147) ꝛc.

b) Zu den Verfügungsbeschränkungen, welche von einer Behörde verhängt werden können, rechnen die M. III S. 218 alle Anordnungen, durch welche das Gericht die Verfügung über ein eingetragenes Recht dem Berechtigten zum Schutze des Interesses eines anderen untersagt, insbesondere die Arrestbefehle mit Einschluß der Beschlagnahme, welche zur Sicherung von Geldstrafen und Kosten des Verfahrens gegen einen Angeschuldigten behufs Deckung der Staatskasse nach der StPO. §§ 325 f. stattfindet, ferner die Veräußerungsverbote, welche im Wege der einstweiligen Verfügung nach der CPO. § 938 erlassen werden können (s. RG. in JW. 1903 Beil. S. 75). Indessen wird das Gebiet dieser Verfügungsbeschränkungen dadurch erheblich eingeschränkt, daß der Arrest in ein eingetragenes Recht durch Pfändung und in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek vollzogen (CPO. §§ 803 f., 830 ff., 866 f., 928, 930, 932), die einstweilige Verfügung aber bei der Zulässigkeit einer Eintragung von Vormerkungen und Widersprüchen nicht gerade häufig bloße Veräußerungsverbote in Beziehung auf eingetragene Rechte anordnen wird.

Von besonderer Wichtigkeit dagegen ist die Verfügungsbeschränkung, die in dem allgemeinen Veräußerungsverbote sich gründet, zu dessen Erlassung das Konkursgericht schreiten kann, wenn die Eröffnung des Konkurses beantragt ist (KO. § 106 Abs. 1 Satz 3). Das Verbot wirkt in Ansehung der Grundstücke und eingetragenen Rechte des Gemeinschuldners gleichwie die Konkurseröffnung selbst (ebd. § 7 Abs. 1) nur relativ (BGB. § 135 Abs. 2, § 136). Um absolute Wirkung zu erlangen (§§ 892 f.), muß es in das Grundbuch eingetragen werden (KO. § 113).

Die Wirkung eines Veräußerungsverbots hat auch die Beschlagnahme, welche sich mit der Anordnung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung eines Grundstücks verbindet (ZVG. § 19 Abs. 1, §§ 20 ff., 146, 151). Wie andere behördliche Veräußerungsverbote steht auch sie Eintragungen in das Grundbuch auf Bewilligung des Schuldners oder auf Grund gegen ihn gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel nicht entgegen (vgl. ZVG. § 10 Ziff. 6, § 26, § 67 Abs. 2, § 68 Abs. 3; Rspr. 4 S. 161).

VII. Zum Verständnisse der Vormerkungen und Widersprüche des Grundbuchrechts mag folgendes dienen:

1. Vorläufige Eintragungen zum Schutze gegen die Gefahren, welche einerseits mit dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens, andererseits mit dem Eintragungsprinzipe verbunden sind, waren auch den **bisherigen Landesgesetzen** (vgl. die Übersicht bei Biermann, Vormerkung und Widerspruch S. 1—56), **insbesondere** schon der preuß. Hyp.O. v. 20. Dez. 1783 bekannt (M. III S. 237). Dieses Gesetz gestattete, wenn jemand ein ihm zustehendes Realrecht nicht sofort liquide machen und deshalb die Eintragung desselben nicht sogleich erlangen konnte, zunächst die Eintragung einer Protestation mit der Wirkung, daß das dingliche Recht, falls es in der Folge wirklich erstritten oder sonst festgestellt wurde, ipso jure an die Stelle trat, wo die Protestation eingetragen war, und allen nachher ingrossierten Posten vorging (Hyp.O. §§ 289 ff.). Bei der Hypothek führte deren Abhängigkeit von der Eintragung dazu, den Titel zu dem dinglichen Rechte genügen zu lassen, das jus ad rem mithin für die protestativische Einschreibung dem jus in re gleichzustellen. Von der bloßen Verfügungsbeschränkung unterschied sich die Protestation dadurch, daß nicht allein die Verfügungen, welche ihr zuwider getroffen wurden, dem Protestanten unnachteilig waren, sondern dem Rechte desselben die dingliche Wirkung und die Stelle im Buche von der Zeit ihrer Eintragung an gesichert oder verschafft wurde, so zwar, daß das Recht, wenn die Voraussetzungen seiner endgültigen Eintragung die erforderliche Liquidität erlangt hatten, als schon mit der Protestation eingetragen angesehen werden mußte. Daher die Bezeichnung protestatio pro conservando jure et loco. Daneben sprach man freilich auch von Protestationen de non disponendo vel de non amplius intabulando. Aber dies waren im Grunde nur Verfügungsbeschränkungen, durch deren Eintragung ein dinglicher Effekt nicht hervorgerufen wurde. Weiter kamen Protestationen zur Erhaltung von Einreden vor, die man bald dieser, bald jener Kategorie zurechnete.

Für Bayern wurden durch das Hyp.G. v. 1. Juni 1822 §§ 27 ff. die Protestationen mit dinglicher Wirkung übernommen, insoweit jedoch, als sie die Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek bezwecken, als Vormerkungen bezeichnet. Das württembergische Pfandges. v. 15. April 1825 ordnete die vorläufigen Eintragungen in materieller Hinsicht wesentlich nach bayrischem Muster, nannte sie im allgemeinen Verwahrungen (Art. 74 ff.) und, wenn ein Pfandrechtstitel gesichert werden sollte, Vormerkungen (Art. 79 ff.). In dem weimarischen Pfandges. v. 6. Mai 1839 heißt die vorläufige Einschreibung zur Wahrung von Rechten, welche der endgültigen Eintragung fähig sind, durchweg Vormerkung (§§ 68 ff., 130 ff.); der Name „Protestation" scheint nur für arrestatorische Vermerke gebräuchlich zu sein (§§ 246, 247).

Die preußischen Gesetze vom 5. Mai 1872 haben den vorläufigen Eintragungen durchweg den Namen „Vormerkung" gegeben; nur in dem Ges. über den Eigentumserwerb zc. § 60 wird für die Fälle, in welchen die Bewilligung der Löschung einer Hypothek oder einer Grundschuld verweigert wird, zum Schutze des Eigentümers die Eintragung eines Widerspruchs gegen weitere Verfügungen des Gläubigers nachgelassen; doch pflegt auch dieser Widerspruch als Vormerkung aufgefaßt zu werden. Die Vormerkungen der preußischen Grundbuchgesetze zerfallen in zwei Klassen, solche, welche das Recht auf Eintragung eines bestehenden dinglichen Rechtes oder auf Löschung eines eingetragenen aber nicht bestehenden Rechtes erhalten (Ges. über den Eigentumserw. zc. § 8, § 9 Abs. 3, §§ 16, 60; GBO. §§ 88, 102), und solche, welche den persönlichen Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes sicherstellen sollen (Ges. a. a. O., ferner § 22; GBO. §§ 64, 88).

In anderen Staaten hat die Gesetzgebung den Zweck, welchem in Preußen, Bayern zc. die Protestationen und Vormerkungen dienen, durch sog. Sperrvermerke zu erreichen gesucht, d. h. durch vorläufige Eintragungen, welche nicht allein den eingetragenen Berechtigten in der Verfügung über das Recht entsprechend beschränken, sondern jede der Beschränkung zuwiderlaufende Eintragung der Buchbehörde verbieten. So haben namentlich die Klauseln und Vormerkungen in Hamburg, die Marginalnoten und eingetragenen Arreste in Lübeck, die Inhibitionen und Verwillkürungen in Mecklenburg, die Vormerkungen in Hessen, die Verwahrungen in Sachsen zc. im allgemeinen die Wirkung, daß bis zu ihrer Löschung in das Grundbuch nichts zum Nachteile des Rechtes aufgenommen werden darf, dessen Sicherheit durch die vorläufige Eintragung bezweckt wird (M. III S. 239).

2. Eine Sperre des Grundbuchs gegen Verfügungen über ein eingetragenes Recht ist weder in dem BGB. noch in der GBO. vorgesehen. Die vorläufigen Eintragungen des BGB., welche von der Eintragung bloßer Verfügungsbeschränkungen scharf unterschieden werden, sind gleichwie

im preußischen Rechte doppelter Art; sie dienen entweder zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung eines bestehenden Rechtes oder auf Löschung eines nicht bestehenden (aber eingetragenen) Rechtes an einem Grundstücke rc. oder zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes. Das BGB. läßt in dem ersteren Falle die Eintragung eines **Widerspruchs** gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 899), in dem letzteren die Eintragung einer **Vormerkung** (§ 883) zu.

a) Bei den Beratungen, aus welchen die Entwürfe der ersten und der zweiten Kommission hervorgegangen sind, war nur die **Vormerkung** persönlicher Ansprüche in Frage gestellt. Die erste Kommission gelangte aus Rücksicht auf das Recht der beweglichen Sachen, die Gestaltung der Bedingungen und die Gleichstellung der Rechte im Konkurse zur Ablehnung dieser Vormerkung (P. I S. 3692 f.). In der Kritik dagegen wurde die hervorragend praktische Bedeutung, welche die Vormerkungen, wenigstens die Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung und die Vormerkung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek, in Preußen gewonnen hatten, mit Erfolg zur Geltung gebracht. Die zweite Kommission legte den theoretischen Erwägungen der ersten kein entscheidendes Gewicht bei, sondern sprach sich für die Zulassung der Vormerkung persönlicher Ansprüche aus, und zwar, ohne jede Kasuistik, für alle Fälle, in welchen das Recht, dessen Einräumung oder Änderung bezw. Aufhebung gesichert werden soll, nicht ohne Eintragung begründet oder geändert bezw. nicht ohne Löschung aufgehoben werden kann (E. II § 803 rev. § 868; P. II Bd. 3 S. 113 ff.).

b) Beide Kommissionen behandelten die vorläufige Eintragung zum Schutze eines dinglichen Rechtes und zur Erhaltung des Rechtes auf Löschung eines nichtbestehenden eingetragenen Rechtes als **Widerspruch** gegen die Richtigkeit des Grundbuchs. Während aber der Widerspruch in dem E. I §§ 844, 845 u. a. als „Vormerkung" bezeichnet wurde, verwendete die zweite Kommission diese Bezeichnung lediglich für die vorläufige Eintragung zur Sicherung **persönlicher** Ansprüche (E. II §§ 803 ff. rev. §§ 868 ff.), und das BGB. hat hieran nichts geändert (§§ 883 ff.). Dadurch, daß jede Kategorie einen besonderen Namen erhalten hat, wird klargestellt, daß Widerspruch und Vormerkung als zwei sich innerlich von einander unterscheidende Rechtsinstitute gedacht sind.

3. Die Unterschiede zwischen dem Widerspruch und der Vormerkung lassen sich auf die Verschiedenheit der Rechte zurückführen, welche durch dieselben geschützt werden sollen.

a) Der **Widerspruch dient zum Schutze eines bestehenden dinglichen Rechtes**. Durch seine Eintragung wird dieses Recht vorläufig mittels des Grundbuchs veröffentlicht, so zwar, daß ein ihm entgegenstehendes Recht nicht erworben werden kann, bezw. der Erwerb insoweit unwirksam ist, als er der Eintragung des geschützten Rechtes entgegenstehen würde; die Eintragung des Widerspruchs hat dieselbe Wirkung, wie die Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Wenn daher die formellen Voraussetzungen der endgültigen Eintragung des geschützten Rechtes beigebracht werden, so kann der Erwerber sich nicht auf den öffentlichen Glauben des Buches berufen (§ 892 Abs. 1 Satz 1); er muß nicht nur die Eintragung, sondern auch deren Rückwirkung auf das für ihn eingetragene Recht sich gefallen lassen, d. h. seine Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs so erteilen, daß die Übereinstimmung desselben mit der wirklichen Rechtslage zur Zeit der Eintragung des Widerspruchs hergestellt werden kann (§ 894, GBO. §§ 19, 22 ff.).

b) Die **Vormerkung** bezweckt nicht eine Berichtigung des Grundbuchs, sondern **die Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf eine Änderung des durch das Grundbuch nachgewiesenen Rechtsstandes**; ihre Eintragung soll die Verwirklichung des persönlichen Anspruchs, mittels dessen die Änderung verlangt werden kann, dagegen sichern, daß der Verpflichtete die aus seiner Eintragung sich ergebende Legitimation zur Verfügung über das Grundstück oder das für ihn eingetragene Recht dazu benutzt, eine solche Verfügung zu treffen und hierdurch sich außer Stande zu setzen, die zur Verwirklichung des Anspruchs erforderliche Eintragung oder Löschung zu bewilligen (KG. 25 S. A 170). Das BGB. verbindet deshalb mit der Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung und legt dieser die Wirkung bei, daß eine Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 883 Abs. 2). Hieraus folgt, daß nach Liquidestellung des Anspruchs der Verpflichtete je nach Lage des Falles dem Berechtigten das Grundstück auflassen oder die erforderliche Eintragung oder Löschung bewilligen, ein Dritter aber, zu dessen Gunsten inzwischen unwirksam verfügt ist, seine Zustimmung hierzu erteilen muß (§ 888).

§. 873. Zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen

Die dingliche Wirkung der Vormerkung tritt am schärfsten in die Erscheinung, wenn der Verpflichtete stirbt oder in Konkurs verfällt. Der Berechtigte kann die Befriedigung seines Anspruchs von dem Erben und dem Konkursverwalter verlangen; die beschränkte Erbenhaftung (§§ 1975 ff.) steht ihm ebensowenig entgegen (§ 884) wie die Unzulänglichkeit der Konkursmasse (KO. § 24 Satz 1). Wird das Recht endgültig eingetragen oder gelöscht, so liegt das Verhältnis gerade so, wie wenn die Eintragung oder die Löschung an der Stelle der Vormerkung und in dem Zeitpunkt erfolgt wäre, in welchem die Vormerkung eingetragen wurde (§ 883). Der Berechtigte kommt deshalb auf diesem Wege in eine ähnliche Lage wie derjenige, welcher nach Eintragung eines Widerspruchs die endgültige Eintragung oder Löschung erlangt.

c) Während der Schwebezeit ist die Wirkung der Vormerkung schwächer als die des Widerspruchs. Beide werden zwar in denjenigen Fällen, in welchen die vorläufige Eintragung auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils bewirkt wurde, ohne Bewilligung des Berechtigten gelöscht, wenn die Verfügung oder das Urteil durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben ist (GBO. § 25). In anderen Fällen aber, in welchen die Löschungsbewilligung die Voraussetzung der Löschung bildet (ebd. § 19), besteht der Unterschied, daß die Bewilligung bezüglich eines Widerspruchs nur, wenn die durch denselben geschützte endgültige Eintragung oder Löschung sich als ungerechtfertigt erweist, bezüglich einer Vormerkung hingegen schon auf Grund einer Einrede gefordert werden kann, durch welche die Geltendmachung des vorgemerkten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird (§ 886). Dies gilt namentlich von der Verjährungseinrede (§ 222 Abs. 1), während in dieser Hinsicht ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch eingetragen ist, einem endgültig eingetragenen Rechte gleichsteht (§ 902 Abs. 2).

d) Die Voraussetzungen, von welchen das Gesetz eine vorläufige Eintragung abhängig macht, sind für den Widerspruch regelmäßig die gleichen, wie für die Vormerkung (§§ 885, 899). Beide werden auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen. Zur Erlassung dieser Verfügung ist jedoch, abweichend von der CPO. §§ 917, 936, nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Rechtes oder des Anspruchs glaubhaft gemacht wird; das Gesetz geht davon aus, daß die Gefährdung mit der Grundbucheinrichtung von selbst gegeben ist. Die Eintragung findet aber auch auf Grund der Bewilligung des Passivbeteiligten statt (§ 885 Abs. 1 Satz 1, § 899 Abs. 2 Satz 1; GBO. § 19; CPO. § 895). In gewissen Fällen erfolgt sie von Amtswegen (GBO. § 18 Abs. 2 Satz 1, § 54, § 76 Abs. 1). Der eigenartige Widerspruch bei einer Darlehnsbuchhypothek wird nach näherer Bestimmung des § 1139 auf den einseitigen Antrag des Eigentümers eingetragen.

VIII. Der Inhalt dieses Abschnitts gliedert sich wie folgt: 1. Erwerb und Aufhebung der Rechte, und zwar a) Begründung, Übertragung, Belastung (§§ 873, 874), b) Aufhebung (§§ 875, 876), c) Änderung des Rechtsinhalts (§ 877), d) Einfluß einer Verfügungsbeschränkung (§ 878); 2. Rangverhältnis zwischen mehreren ein Grundstück belastenden Rechten (§§ 879 bis 881); 3. Bestimmung des Ersatzes für ein durch die Zwangsversteigerung erlöschendes Recht (§ 882); 4. Vormerkungen (§§ 883—888); 5. Vereinigung des Eigentums und eines anderen Rechtes an demselben Grundstück in einer Person (§ 889); 6. Vereinheitlichung mehrerer Grundstücke (§ 890); 7. Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 891); 8. öffentlicher Glaube des Buches (§§ 892, 893); 9. Berichtigung des Buches (§§ 894—898); 10. Widerspruch gegen die Richtigkeit (§ 899); 11. Rechtserwerb durch Eintragung und Besitz (§ 900); 12. Erlöschung eines zu Unrecht gelöschten oder nicht zur Eintragung gelangten Rechtes (§ 901); 13. Verjährung der Ansprüche aus eingetragenen Rechten (§ 902).

§ 873.

E. I § 828 Abs. 1—3; II § 794 rev. § 858; III § 857. P. I S. 3620 f., 3627 ff., 3652, 3655 ff., 3883, 6208, 6214 f., 11929 ff.; M. III S. 158 ff. P. II Bd. 3 S. 52 ff., 177 f.; Bd. 4 S. 725. D. S. 657. RB. S. 1996 f.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB. 1900; Staffel im Sächs. Arch. 9 S. 360; Fuchs in der Festgabe für Rich. Wilke 1900 S. 95; Romeick in den Jahrb. der Württ. Rechtspflege 12 S. 89; Eccius in DJZ. 1902 S. 61, 95, in Gruch. 47 S. 51; Wolff

Theiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.

Vor der Eintragung sind die Betheiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Theile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

---

ebd. S. 26; Förster im Recht 1902 S. 115, 141, 1903 S. 53; Molitor ebd. 1903 S. 57; Bendix in Bl. f. RAnw. 1903 S. 193. Zu § 873 Abs. 2: Brettner im Recht 1900 S. 393, Förster ebd. 1901 S. 579; Koffka in der Festgabe für Rich. Wilke 1900 S. 165.

I. Von den Änderungen, welchen der jeweilige Rechtsstand eines Grundstücks unterliegt, kommen hier nur diejenigen in Betracht, durch welche der Rechtserwerb eines anderen vermittelt wird, und auch von diesen wird die Änderung des Inhalts und des Ranges eines Rechtes später (§§ 877, 880) besonders behandelt. Der Rechtserwerb ist der Regel nach auf den Willen des bisherigen Berechtigten zurückzuführen; die Fälle, in welchen dieser Wille nicht erforderlich ist, betrachtet der § 873 als Ausnahmen, so zwar, daß die Regel insoweit Platz greift, als nicht für den Rechtserwerb abweichende Vorschriften durch das Gesetz gegeben werden. Der § 873 befaßt sich im übrigen nur mit der Regel und stellt diese dahin auf, daß die Rechtsänderung, durch welche das Recht erworben wird, die Einigung der beiden Beteiligten und die Eintragung in das Grundbuch erfordert. Das Eintragungs- und Konsensprinzip (oben S. 74 f.) kommt somit voll zur Geltung.

Die Rechtsänderungen, welche auf den Erwerb eines Rechtes abzielen, sind entweder Übertragung eines eingetragenen Rechtes oder Neubegründung. Der § 873 spricht jedoch nicht von der Begründung eines Rechtes, sondern bezeichnet die Vorgänge, durch welche dieselbe bewirkt wird, als Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte bezw. als Belastung eines solchen Rechtes. Näheres über den Begriff der Belastung im Bd. I S. 185 Ziff. 4. Die Eintragung einer Vormerkung, eines Widerspruchs oder einer Verfügungsbeschränkung fallen nicht darunter.

Die Rechte, mit welchen nach dem BGB. ein Grundstück belastet werden kann, sind in dem vierten bis achten Abschnitte geordnet (vgl. oben S. 3, S. 76 Vorbm. VI 2); eine eigenartige Belastung des Anteils eines Miteigentümers ist in dem § 1010 vorgesehen. Die Überbaurente der §§ 912 ff. unterliegt ebensowenig wie die Notwegrente des § 917 den Vorschriften des § 873.

Von den Rechten an einem Grundstücke kann das Erbbaurecht gleichwie das Grundstück selbst (§ 1017 Abs. 1), eine Grunddienstbarkeit nur mit dem Grundstücke, zu dessen Gunsten sie besteht (E. I § 974; P. II Bd. 3 S. 321), ebenso ein Vorkaufsrecht und eine Reallast in den Fällen, in welchen das Recht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden ist (§ 1103 Abs. 1, § 1111 Abs. 1), nur als Bestandteil dieses Grundstücks (§ 96) belastet werden. Ein anderes Recht ist nur, sofern bezw. soweit es übertragbar ist, und auch dann nur der Belastung mit einem Nießbrauch und einem Pfandrechte fähig (§ 1068 Abs. 1, § 1069 Abs. 2; § 1273 Abs. 1 § 1274 Abs. 2); nicht übertragbar sind das einer bestimmten Person zustehende Vorkaufsrecht, sofern nicht ein anderes bestimmt ist (§ 514, § 1098 Abs. 1 Satz 1), der Nießbrauch (§ 1059 Satz 1, § 1068 Abs. 2) und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1092 Satz 1).

II. Einigung und Eintragung bilden nicht, wie die preußische Auflassung und Eintragung des Eigentums, ein einheitliches Rechtsgeschäft, sondern **gleichwertige Erfordernisse der Rechtsänderung,** von denen das eine ein Rechtsgeschäft im Sinne der §§ 104 ff., das andere eine nach der GBO. §§ 13 ff. dem Grundbuchamt obliegende Amtshandlung ist. Auch ist die Einigung, von der Auflassung abgesehen (GBO. § 20), nicht die Voraussetzung der Eintragung, ebensowenig wie diese als Form des Rechtsgeschäfts konstruiert werden kann (vgl. oben S. 13, 15 ff.). Beide stehen nur insofern zu einander in Beziehung, als ihr gemeinsamer Zweck die Rechtsänderung ist, so zwar, daß beide zusammentreffen müssen, um diesen Zweck zu erreichen; solange das eine Erfordernis fehlt, ist das andere unwirksam. Demnach hat insbesondere die Einigung vor der Eintragung keine dingliche Wirkung (CBl. f. FG. 2 S. 651) und dem noch nicht eingetragenen Erwerber eines Grundstücks steht nicht etwa auf Grund der Auflassung ein Aus-

sonderungsrecht im Konkurs oder ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 der CPO. zu (Rspr. 6 S. 261; a. M. ebd. 4 S. 380). S. auch Erl. III 4 und IV 3.

Aus diesem Verhältnisse zwischen Einigung und Eintragung ergibt sich, daß die erstere der letzteren nicht voranzugehen braucht. Für die Eigentumsübertragung sowie für die Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts enthält freilich die GBO. § 20 die Vorschrift, daß die Eintragung erst nach Erklärung der Einigung erfolgen darf. Aber diese Bestimmung ist nur eine Verfahrensvorschrift, deren Verletzung für das materielle Recht ohne Bedeutung ist (s. S. 74 Vorbm. III 4 und Erl. 1 zu § 925). Nach dem BGB. kann die Eintragung stets gültig vor der Einigung bewirkt werden (oben S. 16; KG. 21 S. A 306); tatsächlich wird dies indessen auch bei den von § 20 nicht betroffenen Rechtsänderungen nur selten geschehen, weil die Eintragung nach § 19 a. a. O. nur erfolgen darf, wenn sie von dem Passivbeteiligten bewilligt ist, eine solche Bewilligung aber regelmäßig nur auf Grund einer Einigung unter den Beteiligten erklärt wird.

III. Die Einigung.

1. **Vertragsparteien der Einigung** sind der Berechtigte und der Erwerber des zu übertragenden oder neu zu bestellenden Rechtes. Wie S. 20 bereits erwähnt, gehört die Einigung zu denjenigen Rechtsgeschäften, welche das BGB. als Verfügungen über eine Sache oder ein Recht an derselben bezeichnet. Die Befugnis zur Verfügung fließt aus dem dinglichen Rechte, welches von der Verfügung betroffen wird. Daher kann über ein Grundstück nur der Eigentümer, über ein begrenztes Recht nur derjenige, welchem das Recht zusteht, durch Übertragung oder Belastung verfügen. Dieser, der Passivbeteiligte (S. 74 Vorbm. III 4), ist also der Berechtigte im Sinne des § 873 (RG. 54 S. 362).

Daß der Berechtigte als solcher im Grundbuch eingetragen ist, wenn er verfügt (E. I § 828), ist nicht Erfordernis der Verfügung (RG. a. a. O.). Die GBO. § 40 Abs. 1 gestattet zwar die Eintragung der Rechtsänderung nur gegen den eingetragenen Berechtigten. Allein dies ist lediglich eine Ordnungsvorschrift, mit deren Verletzung materielle Rechtsfolgen nicht verbunden sind (oben S. 17), und auch sie verlangt nur, daß der Berechtigte zur Zeit der Eintragung, nicht daß er zur Zeit der Einigung oder der Eintragungsbewilligung eingetragen ist (Achilles-Strecker S. 268).

Steht dem Verfügenden das Recht nicht zu, welches von der Verfügung betroffen wird, so ist die Einigung dennoch wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt (§ 185 Abs. 1; RG. 54 S. 362; Rspr. 5 S. 419; Seuff. A. 57 Nr. 7; Kretzschmar im CBl. f. FG. 2 S. 812). Anderenfalls ist sie unwirksam; sie kann aber durch Konvaleszenz wirksam werden (§ 185 Abs. 2; RG. 54 S. 365; KG. 21 S. A 150, 23 S. A 136, Rspr. 5 S. 418; Kretzschmar a. a. O.; Förster im Recht 1902 S. 115; a. M. Eccius in DJZ. 1902 S. 61, 95, in Gruch. 47 S. 61 ff.). Näheres hierüber in Bd. I S. 323 ff. Selbstverständlich ist, daß die Unwirksamkeit einer Verfügung nicht eintritt, wenn dem Erwerber der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892) zur Seite steht (oben S. 24).

Über bloße Beschränkungen des Verfügungsrechts oben S. 77 ff. und Erl. zu § 878.

Daß der Berechtigte und der Erwerber den dinglichen Vertrag persönlich abschließen, ist nicht erforderlich. Wie die übrigen Bestimmungen des 3. Abschnitts des I. Buches finden grundsätzlich auch die Vorschriften über die Vertretung (§§ 164 ff.) auf die Einigung Anwendung. Dies gilt insbesondere auch von der Bestimmung des § 177 über den Vertragsabschluß durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht (KG. 22 S. A 146; Förster im Recht 1902 S. 141; a. M. Eccius a. a. O.). Vgl. oben Bd. I S. 307 Erl. 2 zu § 177. Dagegen ist eine Einigung im Gewand eines Vertrags zu Gunsten Dritter (§§ 328 ff.) nicht zulässig (Bruck S. 31).

2. Von einer **Form** macht der § 873 die Gültigkeit der Einigung nicht abhängig. Nur die Auflassung des Eigentums (§ 925) sowie die Begründung und Übertragung eines Erbbaurechts (§§ 1015, 1017) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden; die Bedeutung dieser Vorschriften für die Landesgesetzgebung ergibt sich aus dem EG. Art. 63, 68, 143, 184, 196.

Eine formlose Einigung aber ist nicht geeignet, das Grundbuchamt zu der erforderlichen Eintragung zu verpflichten oder zu berechtigen; die Eintragung soll nach der GBO. § 29 nur erfolgen, wenn ihre Voraussetzungen durch öffentliche bezw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind. Aber auch für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ist die Formlosigkeit nicht unbedenklich. Der wirtschaftlichen Wichtigkeit der Verfügung über ein Grundstück oder ein

eingetragenes Recht, namentlich eine Hypothek oder eine Grundschuld, entspricht sie keinesfalls, weil sie die Übertragung und Belastung zu sehr erleichtert und hierdurch unüberlegten Verfügungen Vorschub leistet. Auch kommt in Betracht, daß in den häufigen Fällen, in welchen die Einigung über die Rechtsänderung schon in dem obligatorischen Vertrag enthalten ist, nicht selten Zweifel über den Sinn eines solchen Geschäfts entstehen werden. Überhaupt würde es unzweckmäßig sein, einerseits die Rechtsänderung von der Eintragung abhängig zu machen, andererseits aber in allen Fällen die Beteiligten an die auf die Rechtsänderung gerichtete Einigung auch dann zu binden, wenn diese wegen ihrer Formlosigkeit zur Eintragung der Rechtsänderung nicht führen kann.

Um diesen Bedenken zu begegnen, läßt der Abs. 2 des § 873 vor der Eintragung **die Gebundenheit der Beteiligten** nur dann eintreten, wenn eine der von ihm bestimmten Formen beobachtet ist (P. II Bd. 3 S. 61 ff.; vgl. oben S. 19). Nach der Eintragung ist die an sich gültige Einigung, mag sie der Eintragung vorausgegangen sein oder nachfolgen, immer bindend, weil die Rechtsänderung nach Abs. 1 durch das Zusammentreffen dieser beiden Momente bewirkt wird und folglich nur durch eine neue Änderung beseitigt werden kann. Die Vorschrift des Abs. 2 gilt auch nur für die Einigung selbst, den dinglichen Vertrag, nicht für das diesem zu Grunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft. Ob letzteres einer Form bedarf oder formlos die Klage auf Abschluß des dinglichen Vertrags und auf Bewilligung der Eintragung rechtfertigt, bestimmt sich nach den Vorschriften des II. Buches. Danach ist zwar die vertragsmäßige Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums und (gemäß § 1017) auch die Verpflichtung zur Bestellung oder zur Übertragung eines Erbbaurechts von der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung abhängig (§ 313, s. jedoch auch RG. 54 S. 75), zu den übrigen dinglichen Rechtsänderungen kann sich der Berechtigte dagegen regelmäßig (Ausnahmen z. B. in §§ 311 f., 518, 761, 780 f., 2371) formlos verpflichten (KB. a. a. O.; RG. 48 S. 133, 50 S. 77, Gruch. 46 S. 901, JW. 1902 Beil. S. 233, CBl. f. FG. 1 S. 237; a. M. Küchenbahl in JW. 1901 S. 701, im Recht 1902 S. 200, Wolff in Gruch. 47 S. 26; dagegen Fuchs in JW. 1901 S. 747, Wunderlich ebd. S. 791, Cohen ebd. S. 792, Förster im Recht 1901 S. 579, 1903 S. 53, Molitor ebd. S. 57, Bendix im Bl. f. RAnw 1903 S. 194). Schließlich ist die Vorschrift des Abs. 2 auch für die Fälle der Auflassung und der Bestellung und der Übertragung eines Erbbaurechts ohne Bedeutung; hier ist die Einigung nur bei Beobachtung der in §§ 925, 1015, 1017 vorgeschriebenen Form gültig und unwiderruflich (Consbruch in DJZ. 1901 S. 431).

Die Formen, von welchen eine beobachtet sein muß, um die Parteien vor der Eintragung an die Einigung zu binden, sind:

a) Gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärungen, aus welchen die Einigung besteht (vgl. § 128, FGG. § 167 Abs. 1, §§ 168—182; Vorbehalte für die Landesgesetzgebung im EG. Art. 141—143). Die Beglaubigung (§ 129) steht der Beurkundung nicht gleich;

b) Abgabe dieser Erklärungen vor dem Grundbuchamte. Die Frage, ob eine Erklärung auch dann bindet, wenn sie nicht zu Protokoll genommen ist, wird von Strecker S. 30 (s. jedoch Achilles-Strecker S. 144), Biermann S. 47, Predari S. 113 ff., Kretzschmar I S. 168 ff., Turnau-Förster I S. 94, Bruck S. 37, Eccius in Gruch. 44 S. 765, Brettner im Recht 1900 S. 393 u. a. verneint. Diese berufen sich einerseits auf den § 29 der GBO., den sie so auslegen, daß über die Erklärung ein Protokoll aufgenommen werden müsse, andererseits auf den Grund der Gebundenheit, den sie mit den M. III S. 175 darin sehen, daß die Beteiligten alles getan haben, was das Gesetz von ihnen verlangt, um die Rechtsänderung zur Vollendung zu bringen. Allein die Vorschrift der GBO. ist nur eine Ordnungsvorschrift (S. 74 Vorbm. III 4) und ein Verstoß gegen sie ohne materielle Wirkung. Sie bezieht sich ferner nicht auf die Erklärungen, aus welchen die zu einer Rechtsänderung erforderliche Einigung sich zusammensetzt, sondern lediglich auf die hiermit nicht notwendig identischen Erklärungen, welche unerläßlich sind, um die Eintragung zu rechtfertigen, also namentlich auf die nach § 19 GBO. erforderliche Eintragungsbewilligung. Solange diese nicht dem Grundbuchamte vorliegt, haben die Parteien noch nicht alles getan, was sie zur Herbeiführung der Eintragung tun können. Der Grund der Gebundenheit ist daher schwerlich der angeführte; vielmehr scheint man ihn darin suchen zu müssen, daß, wenn die Beteiligten vor dem Grundbuchamte erklären, daß sie die Rechtsänderung wollen, hierdurch jeder Zweifel an der Ernstlichkeit des Willens gehoben wird, das Gesetz mithin keine Veranlassung hat, den Widerruf einer solchen Erklärung zu gestatten.

Die Entscheidung der gestellten Frage hängt davon ab, ob die Aufnahme eines Protokolls über die Erklärungen dergestalt wesentlich ist, daß, wenn sie fehlt, die Erklärung als vor dem

Grundbuchamt abgegeben nicht angesehen werden kann. Eine Bestimmung aber, welche dem Protokolle des Grundbuchamts diese Bedeutung beilegte, ist weder in dem BGB. noch in der GBO. getroffen; namentlich mangelt es an einer Anordnung der Beurkundung derjenigen Erklärungen, für deren Entgegennahme die Grundbuchämter zuständig sind. Auch in den Staaten, in denen die Amtsgerichte die Grundbuchämter sind, finden zwar auf die Protokolle der Grundbuchämter, in welchen ein Rechtsgeschäft beurkundet wird, die Vorschriften der §§ 168 ff. des FGG. Anwendung (Begr. zu Art. 5 des Entw. des preuß. AG. z. GBO.); damit ist aber noch nicht gesagt, daß über jede vor dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung gemäß FGG. § 175 ein Protokoll aufgenommen werden muß, und wenn dies landesgesetzlich bestimmt sein sollte, so würde eine solche Bestimmung beim Fehlen eines entsprechenden Vorbehalts im EG. z. BGB. ohne materiellrechtliche Wirkung sein. Die bezügliche Bestimmung des § 873 Abs. 2 kann daher auf Erklärungen, die das Grundbuchamt zu Protokoll genommen hat, nicht beschränkt werden. Dementsprechend ist auch in anderen Fällen, in denen das BGB. eine Erklärung vor dem Grundbuchamte fordert, die Aufnahme eines formgerechten Protokolls über diese Erklärung keine Voraussetzung ihrer materiellrechtlichen Wirkung. Dies gilt insbesondere für die Auflassung; eine nicht gehörig protokollierte Auflassung hat zwar nach GBO. §§ 20, 29 nicht die Kraft, als Grundlage für die Eintragung des Eigentumsüberganges zu dienen (RG. in CBl. f. FG. 3 S. 798), ihre materielle Gültigkeit wird aber durch den Mangel des Protokolls nicht beeinträchtigt (s. Achilles-Strecker S. 144, Dronke in Z. f. CP. 30 S. 56 f., Kretzschmar I S. 131, Bendix in DJZ. 1902 S. 478; a. M. Cohn ebd. S. 268, Oberneck in Z. d. D.Not.Ver. 1902 S. 331, Eccius in Gruch. 47 S. 710, Biermann S. 125 Erl. 1e, Turnau-Förster I S. 242, 357; vgl. auch Rspr. 3 S. 428);

c) **Einreichung der Erklärungen bei dem Grundbuchamte.** Strecker, Biermann rc. unterstellen auch hier Erklärungen, auf Grund deren die Eintragung erfolgen kann, und fordern daher die Einreichung öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden (GBO. § 29; s. auch ebd. § 9), und die zweite Kommission ist nach dem P. II Bd. 3 S. 63 von der nämlichen Auffassung ausgegangen. Diese Auffassung würde vielleicht nicht anfechtbar sein, wenn es bei dem Wortlaute des E. I § 828 Abs. 2, nach welchem der dingliche Vertrag die Eintragungsbewilligung enthalten mußte, geblieben wäre. Allein in den entsprechenden Bestimmungen des E. II § 794 und des BGB. § 873 Abs. 1 wird nicht die unmittelbare Richtung des Willens auf die Eintragung, sondern die Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung verlangt (s. S. 87 Erl. III 3). Mag nun auch ein sachlicher Unterschied von erheblicher Bedeutung hierin nicht liegen, weil die Bewilligung der Eintragung eine notwendige Konsequenz der Einigung ist, so darf doch hier ebensowenig wie unter b übersehen werden, daß der einseitige nur formelle Konsens, von dem die Eintragung nach der GBO. § 19 abhängt, etwas anderes ist als der materielle Konsens, der nach § 873 Abs. 1 Erfordernis der Rechtsänderung ist. In dem Protokolle tritt freilich dieser Unterschied nicht scharf hervor. Keinesfalls aber hat die von Strecker, Biermann rc. vertretene Ansicht Ausdruck in dem Gesetze gefunden. Das Gesetz fordert nicht, wie in der letzten Alternative des § 873 Abs. 2, den Vorschriften der GBO. entsprechende Erklärungen und erklärt sich auch unter Verwerfung dieser Ansicht völlig befriedigend, weil die Beteiligten, wenn sie ihre Erklärungen dem Grundbuchamt einreichen, hierdurch unverkennbar bekunden, daß sie ernstlich gewillt sind, sich durch dieselben zu binden. Kann dann die Eintragung nicht erfolgen, etwa weil die Beglaubigung der Erklärungen infolge von Geschäftsunkenntnis oder Nachlässigkeit unterblieben oder die formelle Eintragungsbewilligung nicht klar ersichtlich oder der in der GBO. vorgeschriebene Eintragungsantrag nicht gestellt ist, so ist nicht abzusehen, weshalb ein Beteiligter wegen eines solchen Mangels berechtigt sein sollte, seine Erklärung einseitig zu widerrufen. Der Widerruf würde sicherlich gegen Treu und Glauben verstoßen.

Dagegen ist anzunehmen, daß die Gebundenheit an die Einigung nur eintritt, wenn die Erklärungen von den Beteiligten selbst oder mit deren Willen dem Grundbuchamt eingereicht werden. Die Fassung des E. I § 828 Abs. 3, aus der dies deutlich hervorging, wurde zwar bei der zweiten Lesung schließlich durch den Wortlaut ersetzt, der in das BGB. § 873 Abs. 2 übergegangen ist; eine sachliche Änderung hat aber durch die Fassungsänderung nicht herbeigeführt werden sollen (vgl. P. II Bd. 6 S. 382, 399; Brettner im Recht 1900 S. 393).

Unter dem **Grundbuchamt** ist hier wie auch in dem unter b besprochenen Falle nur dasjenige zu verstehen, welches das Grundbuch über das betreffende Grundstück führt.

Bezieht sich die Einigung auf mehrere Grundstücke, für welche verschiedene Grundbuchämter zuständig sind, so tritt die Bindung hinsichtlich jedes einzelnen Grundstücks mit der Einreichung bei dem für dieses zuständigen Grundbuchamt ein. Wird die Einigung hinsichtlich des einen Grundstücks rechtzeitig widerrufen, so wird damit gemäß § 139 der ganze dingliche Vertrag hinfällig, auch wenn er bezüglich eines oder mehrerer anderer Grundstücke bereits bindend war, vorausgesetzt, daß wirklich ein einheitlicher Vertrag vorliegt und nicht anzunehmen ist, daß der bereits bindend gewordene Teil der Einigung auch allein abgeschlossen sein würde.

d) Aushändigung der Eintragungsbewilligung. Wer ein Recht an einem ihm gehörenden Grundstücke bestellen oder ein ihm zustehendes Recht auf einen anderen übertragen oder zu dessen Gunsten mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrechte belasten will, kann selbst die Eintragung bei dem Grundbuchamte beantragen. Er kann sich aber auch auf die Bewilligung der Eintragung beschränken und die Urkunde dem anderen Teile aushändigen, damit dieser die Eintragung erwirke (GBO. §§ 13, 19, 30). Unter der Aushändigung ist demnach die Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu verstehen; ein Besitzkonstitut setzt den Erwerber nicht in die Lage, die Eintragung zu erwirken (Bruck S. 37). Mit der Aushändigung sind beide Teile gebunden, gleichviel ob sie sich bereits früher geeinigt haben oder die Einigung durch Annahme der Bewilligung zustande kommt. Vorausgesetzt wird aber hier, abweichend von den unter b und c gedachten Fällen, daß die Bewilligung vorschriftsmäßig beurkundet oder beglaubigt und auch sonst so beschaffen ist, daß die Eintragung auf den Antrag des Erwerbers nach den Bestimmungen der GBO. nicht abgelehnt werden kann.

Da die Einigung, wie Bd. I S. 259 ff. Vorbm. 2 und oben S. 15 ff. erörtert, ein Vertrag ist, der, soweit nicht Sondervorschriften entgegenstehen, den Bestimmungen der §§ 145 ff. unterliegt, kann die Bindung der beiden Parteien grundsätzlich nur gleichzeitig eintreten; nur auf Grund der Vorschrift des § 145 kann der eine Teil, sofern er den Vertragsantrag in gehöriger Form (§ 873 Abs. 2) erklärt hat, schon vor dessen Annahme gebunden sein (Strecker S. 30 f., Bruck S. 69 f.), im übrigen ist eine einseitige Gebundenheit nicht möglich (a. M. Eccius in Gruch. 47 S. 56; dagegen Förster im Recht 1903 S. 56, Bendix in Bl. f. RAnw. 1903 S. 200). Insbesondere ist auch in dem Falle d in der Annahme der Eintragungsbewilligung unbedenklich eine Erklärung des Empfängers zu finden, die ihn an die Einigung bindet, und der Wortlaut des Abs. 2, auf den sich Eccius beruft, spricht gegen dessen Ansicht, da, wie Küntzel (Gruch. 42 S. 98) bezeugt, in dem Hauptsatze die Worte „an die Einigung" absichtlich an die Stelle der Worte „an ihre Erklärungen" gesetzt sind, um die Annahme einer einseitigen Gebundenheit auszuschließen.

Stirbt nach erfolgter Einigung einer der Beteiligten oder wird er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (Bd. I S. 238 Erl. 7), so kommt die Vorschrift des § 130 Abs. 2 zur Anwendung. Die Einigung ist wirksam; sie kann aber, sofern sie noch nicht bindend ist, von dem Erben oder dem gesetzlichen Vertreter des Beteiligten widerrufen werden.

3. An den Inhalt der Einigung macht der § 873 Abs. 1 nur die Anforderung, daß der auf den Eintritt der Rechtsänderung gerichtete Wille beider Teile vorliegt. Eine bestimmte Wortfassung ist nicht vorgeschrieben; daher findet auch die Auslegungsvorschrift des § 133 Anwendung (RG. 52 S. 416). Das Grundbuchamt ist aber nicht verpflichtet, auf Grund einer stillschweigenden Erklärung die Rechtsänderung einzutragen. Die Eintragung soll nur bewirkt werden, wenn sie in Gemäßheit der GBO. § 19 ausdrücklich (s. RG. 21 S. A 281 und S. 86 Erl. III 2 c) und in gehöriger Form (GBO. § 29) bewilligt ist; darauf, ob die Eintragungsbewilligung für das Grundbuchamt besonders oder zugleich mit der Einigung über die Rechtsänderung beurkundet ist, kommt es nicht an. Es ist insbesondere nicht zutreffend, wenn Kretzschmar I S. 168 ff. die Eintragungsbewilligung als notwendigen Bestandteil der der Eintragung vorausgehenden Einigung betrachtet; die Fassung des Gesetzes im Gegensatze zu dem E. I § 828 Abs. 2 (s. Erl. III 2 c) spricht unzweideutig dagegen (s. auch Strecker in Z. f. CP. 31 S. 162). Auf der anderen Seite erscheint es für die zu der Einigung erforderlichen Erklärung des Berechtigten genügend, wenn dieser die Eintragung der Rechtsänderung dem Erwerber gegenüber bewilligt, namentlich die Bewilligungsurkunde demselben aushändigt. Denn der Wille, daß die Rechtsänderung eintreten soll, gelangt hierdurch zu zweifellosem Ausdrucke (oben S. 20; RG. 54 S. 378). Demnach sind die Einigung und die Eintragungsbewilligung zwei völlig voneinander unabhängige Rechtsgeschäfte, die zwar im einzelnen Falle in denselben Erklärungen enthalten sein können, von denen aber das eine das andere nicht begrifflich zu enthalten braucht (a. M. RG. 54 S. 383, Schweitzer, Begriff und Nachweis der Eintragungsbewilligung 1903; s. da-

gegen Strecker in Z. f. CP. 31 S. 541). Die Eintragungsbewilligung bildet kein materiellrechtliches Erfordernis der Rechtsänderung, sondern eine formellrechtliche Voraussetzung der Eintragung; als eine Willenserklärung, die auf Hervorbringung der mit der Eintragung verknüpften Rechtswirkungen gerichtet ist, ist auch sie ein (einseitiges) Rechtsgeschäft (Predari S. 255: s. RG. 54 S. 384, RJA. 3 S. 163, Rspr. 5 S. 419; Strübe in Bad. RP. 1903 S. 136).

Mit Rücksicht darauf, daß die Einigung unmittelbar auf den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung gerichtet sein muß und eine Vor-Einigung nur den gleichen Inhalt haben könnte, erklärt das RG. 48 S. 133 einen dinglichen Vorvertrag zu der Einigung für rechtlich unmöglich.

Die Einigung kann unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen (§§ 158 ff.). Ausnahmen von dieser Regel gelten für die Auflassung (§ 925 Abs. 2) sowie für die Übertragung des Erbbaurechts, des Erbpachtrechts und des Abbaurechts (§ 1017 Abs. 2, EG. Art. 63, 68). Die Bedingung kann auch darin bestehen, daß die Rechtsänderung von der Errichtung oder der Wirksamkeit des obligatorischen Vertrags abhängig gemacht wird (oben S. 15). Die Hinzufügung einer Bedingung oder einer Befristung bei dem Kausalgeschäfte macht nicht ohne weiteres auch die Einigung zu einem bedingten oder befristeten Vertrage; es können aber beide Verträge unter der gleichen Bedingung oder Befristung geschlossen werden (s. Bruck S. 71 ff.).

Ist der eine Teil rechtskräftig verurteilt, die seinerseits zu der Rechtsänderung erforderliche Erklärung abzugeben, so kommen die Vorschriften der CPO. § 894 Abs. 1 zur Anwendung. Mit der Rechtskraft des Urteils bezw. mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung desselben gilt aber nicht bloß die Erklärung des Verurteilten als abgegeben, sondern die Einigung, sofern sie nicht vor dem Grundbuchamte (§§ 925, 1015, 1017; vgl. Erl. 4 zu § 925) oder in einer anderen Form (EG. Art. 143) erklärt werden muß, als bewirkt; die dem anderen Teile obliegende Erklärung ist bereits in der Klage oder in dem Antrag auf Verurteilung des Gegners zum Ausdrucke gelangt. Daß der Verurteilte an die auf solche Weise zustande gekommene Einigung gebunden ist (oben S. 84 f.), wird nach der Bedeutung, welche die Rechtskraft nach der CPO. §§ 322, 325 hat, nicht zu bezweifeln sein.

4. **Die Wirkungen der Einigung** treten, da diese, wie in den Vorbm. S. 14 f. näher dargelegt wurde, ein abstraktes, d. h. von ihrem Rechtsgrunde losgelöstes und deshalb formell unabhängiges Rechtsgeschäft ist, ohne Rücksicht auf die persönlichen Rechtsbeziehungen der Beteiligten ein. Der E. I suchte dies in seinem § 829 durch besondere Bestimmungen zu verdeutlichen. Die Bestimmungen sind indessen bei der zweiten Lesung als nach § 828 selbstverständlich gestrichen worden (P. II Bd. 3 S. 64).

Die Wirkung der Einigung besteht darin, daß sie zusammen mit der Eintragung die Rechtsänderung herbeiführt (s. S. 83 Erl. II). Für sich allein, ohne das Hinzutreten der Eintragung, hat selbst die bindende Einigung keine Wirkungen (s. jedoch § 878, § 892 Abs. 2). Daß sie nicht dinglich wirkt, ist S. 83 Erl. II bereits gesagt; sie erzeugt insbesondere auch nicht, wie Endemann II § 16 Nr. I 2, § 21 Nr. 3 lehrt, einen dinglichen Anspruch auf Leistung des dinglichen Rechtes (vgl. Romeick a. a. O. S. 96 ff.). Auch ein obligatorischer **Anspruch auf Erfüllung** wird durch die Einigung nicht begründet. Dies wird allerdings lebhaft bestritten (z. B. von Strecker S. 36, Boehm S. 525, Oberneck S. 183 ff., Fuchs S. 64 ff., Förster im Recht 1901 S. 579, 1903 S. 55). Man will diesen Grundsatz für die Fälle nicht anerkennen, in welchen der dingliche Vertrag für beide Teile bindend ist, die Eintragung jedoch nicht zur Folge hat, weil entweder der Berechtigte die in seinen Händen befindliche Vertragsurkunde zu diesem Zwecke dem Grundbuchamte nicht einreicht oder die Urkunde den Ordnungsvorschriften der GBO. nicht entspricht. In diesen Fällen soll lediglich auf Grund der abstrakten Einigung eine Klage gegen den Berechtigten zugelassen werden müssen, weil sonst der Vertrag, obschon er bindend ist, jeglicher Wirksamkeit entbehren würde. Allein das Gesetz bietet hierfür keinen Anhalt. Zunächst ist der vorausgesetzte Vertrag nicht unwirksam: er hat immerhin die Wirkung, daß die Beteiligten bei der einmal getroffenen Vereinbarung stehen bleiben müssen und daß die Rechtsänderung vor sich geht, wenn sie zur Eintragung gelangt. Der allgemeine Grundsatz, daß Verträge erfüllt werden müssen, ist nur auf solche Verträge anwendbar, die eine Verpflichtung zur Erfüllung begründen. Die Einigung aber, welche der § 873 verlangt, begründet keine Verpflichtung, sondern ist ein abstraktes Geschäft, das unmittelbar auf den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung gerichtet ist. Auch die gemeinrechtliche Theorie vom dinglichen Vertrage führt nicht zu einem anderen Ergebnisse; wenigstens scheint darüber kein Zweifel zu bestehen, daß der

Eigentumsübertragungsvertrag, wenn die Übergabe fehlt, keine Verpflichtung erzeugt, namentlich nicht die Verpflichtung zur Übergabe. In den oben gekennzeichneten Fällen kann daher die Klage grundsätzlich nur aus dem obligatorischen Verhältnisse, durch welches die Beteiligten zu der Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung bestimmt worden sind, begründet werden. Hierbei ist vielleicht die Auffassung möglich, daß die Einigung sich als Erfüllung einer Verbindlichkeit darstelle und demgemäß ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 enthalte. Allein die Frage, ob dies zutrifft, läßt sich nicht allgemein, sondern nur nach der tatsächlichen Lage des einzelnen Falles entscheiden (s. auch Turnau-Förster I S. 91, Bruck S. 7 ff., Küntzel in Gruch 42 S. 98, Eccius ebd. 44 S. 764, 47 S. 54, Predari S. 110, 119; Romeick a. a. O. S. 110 ff.).

Auch eine Verfügungsbeschränkung hat die bindende Einigung für den Verfügenden ebensowenig zur Folge wie ein sonstiger bindender Vertrag (a. M. Koffka a. a. O.; dagegen Biermann S. 48).

5. Etwaige Mängel der Einigung kommen, wenn die Rechtsänderung eingetragen ist, infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach Maßgabe der §§ 892 f. einem dritten Erwerber gegenüber nicht in Betracht. Hiervon abgesehen, ist die Eintragung nur wirksam, wenn die Einigung gültig ist; Mängel der Eintragungsbewilligung sind unter dieser Voraussetzung belanglos. Die Gültigkeit der Einigung bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte (§§ 104 ff.; vgl. Bruck S. 55 ff.).

a) Ist die Einigung nichtig, so wird, wenn die Eintragung erfolgt, hierdurch das Grundbuch unrichtig und der Anspruch auf Berichtigung des Buches gegeben (§§ 894 ff.). Nichtig ist nach § 117 eine Einigung auch dann, wenn sie nur zum Scheine vorgenommen wird (JW. 1902 Beil. S. 202). Nach dem E. I § 832 sollte die Eintragung auf Grund des Scheingeschäfts für und gegen Dritte wirksam sein. Bei der zweiten Lesung ist diese Abweichung von dem Prinzip als unbillig bezw. unzweckmäßig beseitigt worden (P. II Bd. 3 S. 67 f.). Vgl. aber § 1141 Abs. 1 Satz 2, § 1148, ZVG. § 17 (Predari S. 119). Wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138) kann die Einigung bei ihrer abstrakten Natur nur unter besonderen Umständen nichtig sein (vgl. RG. 48 S. 293, Neubecker im Arch. f. Bürg. R. 22 S. 67 ff.; a. M. einerseits Bruck S. 65, der § 138 stets für unanwendbar hält, andererseits Dernburg III § 64 a. E., der bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts regelmäßig auch die Übereignung für unsittlich erklärt).

Ist die Einigung anfechtbar, so gilt, wenn sie angefochten wird, dasselbe wie im Falle der Nichtigkeit (§ 141). Bis zur Anfechtung ist das Grundbuch hinsichtlich der der Einigung entsprechenden Eintragung richtig und die Eintragung eines Widerspruchs wegen der Anfechtbarkeit der Einigung daher unzulässig (s. Bd. I S. 254 Erl. 4 zu § 142; a. M. Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 79). Ist z. B. irrtümlich an Stelle des verkauften Grundstücks ein anderes dem Käufer aufgelassen, so wird mit der Anfechtung (§§ 119, 121) die Auflassung nichtig; der Veräußerer ist alsdann nach wie vor Eigentümer des auf den Erwerber umgeschriebenen Grundstücks und seine Wiedereintragung als Eigentümer erfolgt, ohne daß es einer Auflassung bedarf, im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß §§ 19, 22 der GBO. (vgl. Wolff im Recht 1900 S. 389, 1901 S. 460; Koppers ebd. 1901 S. 282, 534).

Wird durch die Rechtsänderung gegen ein Veräußerungsverbot verstoßen, welches nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so können nur diese Personen die Unwirksamkeit der Eintragung geltend machen (§§ 135, 136).

b) Mängel des Rechtsgrundes hindern die gültige Vornahme der Einigung über die Rechtsänderung nicht (preuß. GBO. § 46 Abs. 2). Die Einigung ist das von dem Kausalgeschäfte getrennte Leistungsgeschäft (vgl. §§ 241—243). Das Geleistete, d. i. die Rechtsänderung, welche durch dieses Geschäft und die Eintragung bewirkt wird, kann daher, wenn der Rechtsgrund fehlt oder die Leistung nicht rechtfertigt, nur wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach Maßgabe der §§ 812 ff. zurückgefordert werden. Der Anspruch des Berechtigten geht, je nach Verschiedenheit der Fälle, auf Rückübertragung oder auf Aufhebung des Rechtes, eventuell auf Ersatz des Wertes 2c. (§ 818).

Alles dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn das wegen Irrtums (§ 119), Täuschung oder Drohung (§ 123) anfechtbare Kausalgeschäft wirksam (§§ 121, 124, 143) angefochten ist (§ 142). Es kann aber die Sache auch so liegen, daß der Willensmangel fortdauert und das Leistungsgeschäft mitergreift; alsdann unterliegt auch dieses Geschäft (die Einigung) der Anfechtung P. II Bd. 3 S. 55). Näheres bei Dernburg III § 64, Bruck a. a. O., Staffel a. a. O., Rügel in Gruch. 37 S. 334 ff.

IV. Die Eintragung.

1. **Die Voraussetzungen der Eintragung** sind in der GBO. geregelt. Vgl. S. 74 Vorbm. III 4, S. 75 Vorbm. V 3, S. 85 ff. Erl. III 2, 3.

2. **Den Inhalt der Eintragung** bildet die Rechtsänderung, welche durch die Einigung bezweckt wird, d. h. alles, was nötig ist, um die Änderung Dritten erkennbar zu machen. Hierher gehört in allen Fällen die Bezeichnung des Erwerbers; sie ist so genau zu geben, daß deutlich erhellt, welche Person gemeint ist. Im übrigen wird für die Übertragung das Erfordernis der Eintragung dadurch erfüllt, daß im Grundbuch unter Bezugnahme auf das Recht die Übertragung desselben vermerkt wird. Soll z. B. eine Hypothek, die in der Reihenfolge unter Ziff. 3 eingetragen steht, auf den Rentier Karl Geldmann in Goldburg übertragen werden, so genügt der Vermerk: „Zu 3. Übertragen auf den . . . . . .". Einer Erwähnung der Einigung über die Rechtsänderung bedarf es nicht. Dagegen soll nach der GBO. § 45 „jede Eintragung den Tag, an welchem sie erfolgt ist, angeben und mit der Unterschrift des Grundbuchbeamten versehen werden." Dies ist aber nur eine Ordnungsvorschrift.

Nicht so einfach wie bei der Übertragung gestaltet sich die Eintragung bei der Belastung eines Grundstücks oder eines eingetragenen Rechtes. Hier greift die Regel Platz, daß der gesamte Inhalt und Umfang des Rechtes, welches durch die Belastung begründet werden soll, in dem Grundbuche zur Erscheinung kommen muß. Dies geschieht freilich bei denjenigen Rechten, deren besonderer Inhalt durch das Gesetz erschöpfend geregelt ist, namentlich beim Nießbrauch und beim Vorkaufsrecht, in der Weise, daß das Recht unter seinem gesetzlichen Namen eingetragen wird, z. B. „Der Nießbrauch für den Rentier Karl Geldmann in Goldburg, eingetragen am 5. Februar 1900." Wenn aber der Inhalt des Rechtes abweichend von dem gesetzlichen Inhalte bestimmt ist, so gehört auch die Abweichung zu den notwendigen Bestandteilen der Eintragung. Die Regel erleidet übrigens mancherlei Ausnahmen, insbesondere durch § 874, § 885 Abs. 2, § 1115; vgl. auch die GBO. §§ 48—51.

3. Wenn auch in den von § 873 betroffenen Fällen die Eintragung ohne die Einigung so wenig wie diese ohne jene die dingliche Rechtsänderung erzeugt (S. 83 Erl. II), so hat doch, anders als die Einigung, **die Eintragung selbständige Wirkungen.** Nach ihr bestimmt sich der Rang des Rechtes (§ 879 Abs. 2, § 900 Abs. 2 Satz 2). Sie begründet eine Rechtsvermutung für das Bestehen des eingetragenen Rechtes (§ 891) und kann, obwohl die nach § 873 erforderliche Einigung fehlt, kraft des Grundsatzes des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892) oder auf Grund des Instituts der Tabularersitzung (§ 900) nachträglich die Rechtsänderung herbeiführen.

V. Die Fälle, in welchen für den Rechtserwerb andere als die in dem § 873 gegebenen **Vorschriften maßgebend sind,** werden bei der Erläuterung dieser Vorschriften zur Sprache kommen. Hier ist nur im allgemeinen hervorzuheben, daß folgende Kategorieen in Frage stehen:

1. **Fälle des Rechtserwerbes ohne Einigung und Eintragung.** Hierher gehören: der Übergang von Rechten auf den Erben des Berechtigten (§§ 1922, 1942, 2096, 2100; jedoch nicht der Erwerb des Vermächtnisnehmers und des Erbschaftskäufers, §§ 2174, 2374); die Übertragung des Anteils eines Miterben am Nachlasse (§ 2033; Rspr. 4 S. 189, 5 S. 426); der Rechtsübergang, der sich mit dem Eintritte der ehelichen oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft oder infolge derselben vollzieht (§§ 1438, 1483, 1485, 1519, 1549); der Übergang des Anteils eines Abkömmlings an dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft in den Fällen der §§ 1490 f.; der Rückfall eines auflösend bedingten oder betagten Rechtes, wenn die Bedingung oder der Endtermin eintritt (§§ 158, 163); der Übergang des Vermögens einer juristischen Person auf den Fiskus (§§ 45 f., 88); der Übergang des Anteils eines ausscheidenden Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen auf die übrigen Gesellschafter gemäß § 738 (s. auch HGB. § 142, RJA. 2 S. 146, KG. 24 S. A 109); die Begründung der für einen Überbau oder einen Notweg zu entrichtenden Rente (§ 912 Abs. 2, §§ 913 f., § 917 Abs. 2); die Entstehung des Nießbrauchs und der Sicherungshypothek durch Surrogation (§ 1075 Abs. 1, § 1287 Satz 2, CPO. § 848 Abs. 2); der Übergang einer eingetragenen Hypothek oder Grundschuld auf den Eigentümer des Grundstücks, den persönlichen Schuldner oder den zur Ablösung berechtigten Dritten, wenn der Gläubiger befriedigt wird oder sonst sein Recht sich erledigt, nach Maßgabe der §§ 1143, 1150, 1163 f., 1168, 1170—1177, 1182, 1192, 1200; die Pfändung und die Überweisung einer gepfändeten Hypothek oder Grundschuld an Zahlungsstatt, sofern nicht die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen ist (CPO. §§ 830, 837, § 857 Abs. 6); der Übergang des Eigentums an einem

§. 874. Bei der Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.

---

zur Zwangsversteigerung gestellten Grundstück auf den Ersteher (ZVG. § 90). S. auch das EG. Art. 57 ff., 64 ff., 109, 112 f., 126; Reichsges. v. 25. Mai 1873 rc.

2. **Fälle des Rechtserwerbes, der von einer Einigung der Beteiligten nicht abhängt, aber nur durch Eintragung sich vollendet,** insbesondere: der Erwerb des Eigentums an einem aufgebotenen Grundstücke durch denjenigen, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat (§ 927 Abs. 2), oder an einem von dem Eigentümer aufgegebenen Grundstücke durch den Anfallberechtigten (§ 928, EG. Art. 129); der Rechtserwerb durch Besitz und Eintragung, sog. Tabularersitzung (§ 900); die Entstehung der Zwangs- und Arresthypotheken (CPO. §§ 866 f., 932), der auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Sicherungshypotheken für die auf die Realberechtigten übertragenen Forderungen gegen den Ersteher des versteigerten Grundstücks (ZVG. § 128 Abs. 3), der auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts einzutragenden Sicherungshypotheken an Grundstücken des Vormundes, Pflegers oder Beistandes gemäß FGG. § 54 sowie der Sicherungshypotheken, die auf Grund der im EG. Art. 91 aufrecht erhaltenen Landesgesetze eingetragen werden; der Rechtserwerb durch Pfändung sowie durch Überweisung einer gepfändeten Forderung, für welche eine Hypothek ohne Brief besteht, einer Reallast oder einer nicht verbrieften Grundschuld an Zahlungsstatt (CPO. § 830 Abs. 1 Satz 3, § 837 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 857 Abs. 6); die Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 1188); die Bestellung einer Grundschuld für den Inhaber des Briefes oder für den Eigentümer des Grundstücks (§§ 1192, 1195, 1196, 1199, 1200).

3. **Fälle des rechtsgeschäftlichen Erwerbes, für den die Eintragung nicht Erfordernis ist,** insonderheit die Übertragung einer verbrieften Hypothek oder Grundschuld durch Abtretung und Übergabe des Briefes (§§ 1154, 1192, 1199, 1200), die Belastung eines solchen Rechtes mit einem Nießbrauche (§ 1069) oder mit einem Pfandrechte (§§ 1274, 1291), die Übertragung und Belastung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem indossabelen Papier und einer Grundschuld für den Inhaber des Briefes (§§ 793 1069, § 1187 Satz 3, §§ 1195, 1274: WO. Art. 9 ff.; HGB. §§ 363—365).

§ 874.

E. I § 962 Abs. 2 Satz 2, §§ 969, 982, 1048, 1054; II § 795 rev. § 859; III § 858. P. I S. 4325, 4331 ff., 4389, 4391, 4814 ff., 4865 f., 11972; M. III S. 472, 483, 495, 586 f. P. II Bd. 3 S. 283 f., 310 f., 384, 437, 735, 762; Bd. 4 S. 586.

1. **Zweck der Vorschrift.** Die strenge Durchführung des Eintragungsprinzips (S. 90 Erl. IV 2 zu § 873) müßte in vielen Fällen, namentlich wenn ein Erbbaurecht, eine Grunddienstbarkeit, eine Reallast oder ein Altenteil eingetragen wird, zur Überfüllung des Grundbuchs führen und hierdurch nicht bloß die Buchführung erschweren, sondern auch zum Nachteile derjenigen, welche das Buch einsehen, die Übersichtlichkeit und folglich die Erkennbarkeit der Rechte gefährden. Das Gesetz läßt deshalb, um diesem Übelstande vorzubeugen, unter Verallgemeinerung des Gedankens, auf welchem die Vorschrift der preuß. GBO. v. 5. Mai 1872 § 76 beruht (RG. 20 S. 280 ff.), zur Ergänzung des Eintragungsvermerkes die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zu. Soll z. B. eine Wasserleitungsgerechtigkeit, deren Eintragung unter genauer und umfangreicher Angabe der Belastung bewilligt ist, eingetragen werden, so kann der Vermerk im Grundbuch, anstatt die einzelnen Bestimmungen wiederzugeben, sich nach § 874 auf den Satz beschränken: „Das Recht, über das Grundstück eine Wasserleitung zu führen, für den jeweiligen Eigentümer des im Grundbuche von Buchhain Bd. I Blatt 10 eingetragenen Grundstücks Kartenblatt 3 Parzelle 110 unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 4. Februar 1900 eingetragen am 6. Februar 1900."

2. Die Vorschrift des § 874 ist **materiellrechtlicher Natur,** weil sie das Erfordernis der Eintragung, welches der § 873 für den Rechtserwerb aufstellt, abschwächt. Die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung gilt, soweit sie zur näheren Bezeichnung des Rechtsinhalts dient, als miteingetragen; sie steht also auch demjenigen entgegen, welcher sich nach der Eintragung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892 f.) beruft. Dem entspricht es, wenn die

§. 875. Zur Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück ist, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechtes im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt.

Vor der Löschung ist der Berechtigte an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat.

GBO. §§ 9, 11 vorschreibt, daß die Urkunden, auf die eine Eintragung Bezug nimmt, von dem Grundbuchamt in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufzubewahren sind und daß sich das Recht auf Einsicht des Grundbuchs und auf Erteilung von Abschriften auf diese Urkunden erstreckt (s. Achilles-Strecker S. 166 ff., 171 ff.). Bestimmungen der Bewilligung, welche das Gesetz von der Eintragung ausschließt, sind als nicht in Bezug genommen oder als nicht miteingetragen anzusehen.

3. Der § 874 trifft nach seinem Wortlaute nur die Neueintragung eines Rechtes an einem Grundstücke; er findet nach § 877, § 885 Abs. 2 auch dann Anwendung, wenn der Inhalt eines eingetragenen Rechtes geändert oder eine Vormerkung eingetragen werden soll (s. auch EG. Art. 68 Satz 2). Man wird ihn schließlich auch über seinen Wortlaut hinaus bei der Eintragung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an einem Rechte an einem Grundstücke sowie bei der Eintragung einer Verfügungsbeschränkung entsprechend anwenden dürfen (a. M. Predari S. 120, Turnau-Förster I S. 118 Erl. 3; Staudinger III S. 59). Hinsichtlich des Widerspruchs s. Erl. 4 zu § 899.

4. Nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes, der Verfügungsbeschränkung oder des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs ist die Bezugnahme zulässig. Im Grundbuche selbst muß also das Recht, die Verfügungsbeschränkung oder der Anspruch wenigstens im allgemeinen vermerkt sein (s. Achilles-Strecker S. 187 f.). Hiervon macht die GBO. §§ 50, 84 für Altenteile, Erbpachtrechte und Abbaurechte eine Ausnahme; bei diesen darf auch die Bezeichnung der von dem Altenteil zc. umfaßten einzelnen Rechte durch die Bezugnahme ersetzt werden.

Inwieweit das Grundbuchamt von der Befugnis der Bezugnahme Gebrauch machen will, unterliegt seinem Ermessen. An die Anträge der Beteiligten ist es in dieser Hinsicht nicht gebunden (RG. 50 S. 153; KG. 24 S. A 127; Rspr. 4 S. 198).

5. Der § 874 gestattet nur die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (GBO. § 19; S. 87 Erl. III 3); eine dieser beigefügte Urkunde steht ihr nur dann gleich, wenn sie einen Teil der die Bewilligung enthaltenden Urkunde bildet (FGG. § 176 Abs. 2; Rspr. 4 S. 81). Für die Vormerkung läßt der § 885 Abs. 2 auch die Bezugnahme auf die einstweilige Verfügung zu, auf Grund deren jene eingetragen wird. Auch in dieser Hinsicht wird man weitergehen und das Urteil, welches gemäß CPO. §§ 894 f. die Eintragungsbewilligung ersetzt, und im Falle des § 39 der GBO. das Ersuchen der Behörde der Eintragungsbewilligung gleichstellen dürfen.

Daß in dem bezugnehmenden Vermerke der Eintragungsbewilligung als solcher wortdeutlich Erwähnung geschehen muß und diese nicht lediglich als „Urkunde" unter Angabe ihres Datums bezeichnet werden darf, wie das KG. 21 S. A 142 auf Grund der preuß. Allg. Verf. v. 20. Novbr. 1899 annimmt, ist reichsrechtlich nicht vorgeschrieben (a. M. Turnau-Förster I S. 120 Erl. 8, Staudinger III S. 59 Erl. 5).

6. **Ausnahmen** von der Bestimmung des § 874 sind vor allem für die Hypothek und die Grundschuld vorgeschrieben; vgl. darüber § 1115 nebst Erl., insbesondere Erl. 6. S. auch § 879 Abs. 3, § 882; GBO. §§ 48 f., 52 f.

§ 875.

E. I § 834, § 960 Abs. 1, § 965 Abs. 1, § 977 Abs. 1, §§ 1015, 1048, § 1061 Abs. 1; II § 796 rev. § 860; III § 859. P. I S. 4347 ff., 4357, 4417 ff., 4439 ff., 4646, 4814, 4816, 4880 f., 5197, 5200, 6261 f., 6269; M. III S. 200 f., 460 ff., 474, 489, 531, 568, 593. P. II Bd. 3 S. 69 ff.; Bd. 6 S. 232 f. D. S. 657.

1. Das BGB. hat keine allgemeine Vorschriften über das Erlöschen der Rechte an Grundstücken und der Rechte an diesen Rechten. Die §§ 875 f. regeln nur

a) **die Aufhebung** der Rechte an Grundstücken, und auch sie nur, **soweit sie auf ein Rechtsgeschäft zurückzuführen ist** und nicht für einzelne Rechte besondere Bestimmungen gegeben sind; solche Bestimmungen finden sich für das Eigentum in dem § 928, für die Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld in den §§ 1165, 1168 f., 1175 f., 1178, 1183, 1192, 1200. Über sonstige Erlöschungsgründe vgl. §§ 158, 163, 892, 901 f., 1025 f., 1028, 1061, 1090, 1104, 1112, 1173 ff., 1178, 1181 f., 1192, 1200; EG. Art. 109 f., 113 f., 120; ZVG. §§ 52, 91, 158; s. auch §§ 889, 1016;

b) die Aufhebung **der Rechte an Grundstücken** (s. oben S. 3 f.). Die §§ 875 f. finden, anders als der § 873, auf die Rechte an einem eingetragenen Rechte, also auf Nießbrauch und Pfandrecht an den Rechten an Grundstücken (s. §§ 1064, 1072, 1255, 1273) und in Übereinstimmung mit § 873 auf die sonstigen Eintragungen (Verfügungsbeschränkungen, Vormerkungen, Widersprüche) und auf die nicht eintragungsfähigen Rechtsverhältnisse (S. 76 Vorbm. VI, S. 83 Erl. I) keine Anwendung.

2. **Der § 875 fordert für die Aufhebung zweierlei:** die **Verzichterklärung** des Berechtigten und die **Löschung** des Rechtes im Grundbuche (über die außerdem erforderliche Zustimmung Dritter s. § 876). Es liegt hierin eine Anwendung des Konsens- und Eintragungsprinzips, aber mit der wesentlichen Abweichung von dem § 873 Abs. 1, daß statt der Einigung die einseitige Erklärung des Berechtigten genügt und daß die Eintragung der Rechtsänderung in der Form der Löschung erfolgt. Wie im § 873 ist auch hier eine Reihenfolge nicht vorgeschrieben; die Erklärung des Berechtigten braucht der Löschung nicht vorauszugehen. Erst das Zusammentreffen der beiden Erfordernisse führt aber die Aufhebung des Rechtes herbei. Verfügt daher der Berechtigte nach Abgabe der Verzichterklärung anderweit über das noch nicht gelöschte Recht zu Gunsten eines Dritten, so steht dieser Verfügung der Verzicht nicht entgegen. Dieser hat ebensowenig wie die bindende Einigung (S. 89 Erl. III 4) eine Verfügungsbeschränkung zur Folge (a. M. Fuchs S. 77). Wenn indessen der Löschungsantrag mit dem Antrag auf Eintragung der Verfügung bei dem Grundbuchamte zusammentrifft, so entscheidet nach der GBO. § 17 die Zeit des Einganges der Anträge über deren Erledigung; der zuerst eingegangene Antrag ist zunächst zu erledigen und dann der andere, sofern er nun nicht mehr begründet erscheint, zurückzuweisen.

3. **Von der Verzichterklärung** des Berechtigten gilt grundsätzlich dasselbe wie von der Einigung. Insbesondere ist sie wie diese ein abstraktes Rechtsgeschäft. Sie hat für die Aufhebung der Rechte an Grundstücken dieselbe Bedeutung wie die Einigung für den Erwerb.

a) Abweichend von der Einigung ist der Verzicht **ein einseitiges Rechtsgeschäft.** Bei den Beratungen, aus welchen der § 875 hervorgegangen ist, waren es lediglich Zweckmäßigkeitsgründe, welche hier zur Ablehnung des für den Erlaß im § 397 Abs. 1 aufgestellten Vertragserfordernisses führten. Verbindet man indessen, wie es das BGB. tut, mit dem dinglichen Rechte die Befugnis des Berechtigten, frei über das Recht zu verfügen, so weist auch die Rechtskonsequenz darauf hin, diese Befugnis soweit auszudehnen, daß der Berechtigte, der das Recht nicht mehr haben will, nicht genötigt wird, über dessen Aufhebung mit dem Begünstigten erst einen Vertrag zu schließen. Anderenfalls müßte auch mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß der Vertrag nicht zustande käme, und die Folge hiervon wäre, daß der Berechtigte wider seinen Willen das Recht behielte.

b) Der Verzicht gehört zu den **empfangsbedürftigen Willenserklärungen** (Bd. I S. 180 Vorm. III, S. 206 Vorbm. I 2), unterliegt mithin den auf diese sich beziehenden Vorschriften der §§ 104—144, 158—185. Zum Empfang ermächtigt sind:

α) derjenige, zu dessen Gunsten auf das Recht verzichtet wird, d. i. entweder der Eigentümer des Grundstücks oder ein Dritter, für den die Eintragung eines Rechtes, eines Widerspruchs, einer Vormerkung oder einer Verfügungsbeschränkung mit dem Range nach dem aufzuhebenden Rechte oder in gleichem Range mit demselben bewirkt ist, bezw. der Rechtsnachfolger des Dritten;

β) das Grundbuchamt als die zur gleichmäßigen Wahrung der eingetragenen Rechte berufene Behörde. Der Berechtigte kann also auf das Recht verzichten, ohne sich an den Eigentümer oder einen anderen Beteiligten wenden zu müssen; er kann nach näherer Bestimmung der GBO. §§ 13 ff. das Recht löschen lassen. Die Erklärung muß nur gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben werden; dies geschieht dadurch, daß der Berechtigte den Verzicht (oder die Löschungsbewilligung) entweder vor dem Grundbuchamte, d. h. dem gegenwärtigen Vertreter desselben erklärt oder die Erklärung schriftlich der Behörde einreicht. Ob die Erklärung oder die Einreichung

durch den Berechtigten persönlich oder durch einen Vertreter erfolgt, ist gleichgültig. Demnach ist als dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben auch eine notariell beurkundete oder beglaubigte Löschungsbewilligung anzusehen, welche der Notar gemäß GBO. § 15 dem Grundbuchamt im Namen des Berechtigten mit dem Löschungsantrag einreicht; auch der Umstand, daß die Löschungsbewilligung in Gegenwart des Eigentümers vor dem Notar erklärt ist, schließt nicht aus, daß sie mit ihrem Eingehen bei dem Grundbuchamt als diesem gegenüber abgegeben anzusehen ist (KG. 25 S. A 273; Rspr. 7 S. 49; s. KG. 24 S. A 216). Daß letzterenfalls eine Verzichterklärung sowohl dem Eigentümer als auch dem Grundbuchamte gegenüber vorliegt, ist z. B. für die Fälle von Bedeutung, in denen zu ihrer Gültigkeit die Einwilligung, d. i. die vorherige Zustimmung (§ 183) eines Dritten, erforderlich ist (z. B. §§ 111, 1398, 1831). Da der Verzicht eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, genügt es, wenn die Zustimmung gehörig erklärt worden ist, bevor die Verzichterklärung dem Empfangsberechtigten zugeht; daß sie zur Zeit der Abgabe dieser Erklärung bereits vorliegt, ist nicht nötig. Wenn also die Einwilligung zwar noch nicht zu der Zeit der notariellen Verhandlung, wohl aber vor der Einreichung der Löschungsbewilligung bei dem Grundbuchamt erteilt ist, ist zwar keine dem Eigentümer, wohl aber eine dem Grundbuchamte gegenüber abgegebene gültige Verzichterklärung vorhanden (KG. u. Rspr. a. a. O.; vgl. Rspr. 4 S. 292).

c) Eine **Form** ist für den Verzicht materiellrechtlich nicht vorgeschrieben. Wie die formlose Einigung nach § 873 Abs. 2 ist jedoch auch eine formlose Verzichterklärung nur **nach** der Eintragung (Löschung) unwiderruflich. **Vor der Löschung ist der Verzichtende an seine Erklärung nur gebunden,** wenn eine der beiden Formen des § 875 Abs. 2 gewahrt ist. Abweichend von § 873 Abs. 2 genügt die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Verzichts zur Bindung nicht. Diese tritt nur ein, wenn entweder die Erklärung in der unter b β bezeichneten Weise dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder die Löschung von dem Berechtigten schriftlich bewilligt und die Urkunde in beglaubigter Form demjenigen ausgehändigt wird, zu dessen Gunsten der Verzicht erklärt ist. Vgl. hierzu die Erl. III 2 zu § 873 (S. 85ff.); insbesondere gilt das dort Gesagte auch bezüglich der Frage, ob die dem Grundbuchamte gegenüber abgegebene Verzichterklärung von dem Grundbuchamte zu Protokoll genommen oder in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde eingereicht werden muß, um bindend zu sein (bejaht von Turnau-Förster I S. 122 Erl. 4, Predari S. 127, Biermann S. 51 Erl. 1a u. a.).

d) Auch im übrigen findet auf die Verzichterklärung das in Erl. III zu § 873 **von der Einigung Gesagte entsprechende Anwendung.** Gegenüber Boehm S. 27 und Fuchs S. 76 ist hervorzuheben, daß die abstrakte Verzichterklärung ebensowenig wie die Einigung für den anderen Teil einen Anspruch auf Erfüllung erzeugt. Eine den Vorschriften der GBO. nicht entsprechende Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte rechtfertigt also, obwohl sie nach der hier vertretenen Ansicht bindend ist, nicht die Klage auf Erteilung einer formgerechten Löschungsbewilligung; diese kann nur aus dem Kausalgeschäfte begründet werden.

4. Die Voraussetzungen und die Form der **Löschung** sind nicht durch das BGB., sondern durch die GBO. geregelt (s. S. 77 Vorbm. VI 2). Hinsichtlich der Wirkungen gilt Entsprechendes wie von der Eintragung nach § 873. Da die Löschung nur in Verbindung mit der Verzichterklärung die Aufhebung des Rechtes herbeiführt, ist sie unwirksam, wenn die Verzichterklärung nichtig ist oder erfolgreich angefochten wird (S. 89 Erl. III 5); dem Berechtigten steht alsdann ein dinglicher Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) zu, d. h. auf eine Eintragung, welche das Fortbestehen des gelöschten Rechtes feststellt. Am einfachsten wäre es, die Berichtigung durch Löschung des Löschungsvermerkes herbeizuführen. Allein dieser Weg erscheint schon deshalb in den meisten deutschen Staaten nicht gangbar, weil die für die Belastungen bestimmten Abteilungen des Grundbuchs keine Spalte für derartige Löschungen haben werden (s. jedoch sächs. VO. v. 26. Juli 1899 §§ 74, 112, 124). Er ist aber auch abgesehen von diesem formalen Grunde in allen Fällen ausgeschlossen, in denen während der Zwischenzeit ein Recht erworben sein kann, gegen welches die Berichtigung wirkungslos bleiben muß, weil dem Erwerber der öffentliche Glaube des Buches (§ 892) zur Seite steht. Nur wenn weder die Möglichkeit eines solchen Erwerbes gegeben ist noch die Einrichtung des Grundbuchs ein Hindernis bietet, kann die Löschung des Löschungsvermerkes in Frage kommen. Sonst muß dem Anspruche des Berechtigten durch Wiedereintragung des Rechtes genügt werden.

Wie die Eintragung (S. 90 Erl. IV 3) hat aber auch die Löschung für sich allein Rechtswirkungen. Der Berechtigte kann sich nicht mehr auf die Vermutung des § 891 berufen, sondern muß sein Recht beweisen; er läuft Gefahr, sein Recht auf Grund des Grundsatzes des öffentlichen

§. 876. Ist ein Recht an einem Grundstücke mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist zur Aufhebung des belasteten Rechtes die Zustimmung des Dritten erforderlich. Steht das aufzuhebende Recht dem jeweiligen Eigenthümer eines anderen Grundstücks zu, so ist, wenn dieses Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten erforderlich, es sei denn, daß dessen Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

Glaubens des Grundbuchs (§ 892) oder durch Verjährung gemäß § 901 zu verlieren, und die Ansprüche aus dem Rechte sind der Verjährung unterworfen (§ 902). Näheres bei Wolff, Die ungerechtfertigte Löschung, im Arch. f. civ. Pr. 91 S. 371 f., 383 ff.

§ 876.

E. I § 960 Abs. 2, § 965 Abs. 2, § 977 Abs. 2, §§ 1015, 1048, § 1061 Abs. 2; II § 797 rev. § 861; III § 860. P. I S. 4347 ff., 4419 ff., 4437, 4441 ff., 4814, 4816, 4880 f., 11971 f.; M. III S. 463 ff., 474, 489, 551, 569, 594. P. II Bd. 3 S. 69 ff.; Bd. 6 S. 221. D. S. 657 f.

1. **Der § 876 ergänzt die Vorschriften des § 875 für die Fälle, in welchen das aufzuhebende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist.** Als belastende Rechte können bei einem Erbbaurecht alle anderen an einem fremden Grundstücke zulässigen Rechte, bei diesen dagegen nur der Nießbrauch und das Pfandrecht in Frage kommen (§§ 1017, 1068, 1273). Darüber, daß die Belastung eines eingetragenen Rechtes durch dessen einseitige Aufhebung nicht beeinträchtigt werden darf, besteht kein Zweifel. Wollte aber das Gesetz sich auf die Anerkennung dieses Grundsatzes beschränken, so würde es zu einer Aufhebung gelangen, die der absoluten Wirkung entbehrte. Das Recht müßte, des Verzichts und der Löschung ungeachtet, insoweit aufrecht erhalten werden, als es den Gegenstand der Belastung bildete, und die Löschung selbst könnte zur Vermeidung von Täuschungen nur mit diesem Vorbehalt erfolgen. Dergleichen relative Verhältnisse aber sind für das Sachenrecht möglichst zu vermeiden, weil sie die Gefahr in sich tragen, sich dem Verständnisse der Beteiligten zu verschließen oder manchen zu verwirren und hierdurch das Vertrauen in die Bucheinrichtung sowie die Sicherheit im Rechtsverkehre zu erschüttern. Das BGB. hat deshalb von einer entsprechenden Gestaltung abgesehen; es gestattet die Aufhebung eines Rechtes, welches mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, nur mit Zustimmung des Dritten.

2. **Die Zustimmung hat die rechtliche Natur eines abstrakten Verzichts**; sie ist nicht Erfordernis des Verzichts auf das belastete Recht, sondern ein selbständiges Rechtsgeschäft, welches ebenso wie der Verzicht und die Löschung ein Erfordernis der Aufhebung jenes Rechtes bildet (P. I S. 4443, M. III S. 464). Dies ergibt sich ohne weiteres, wenn mit den M. III S. 539 die Kategorie des „Rechtes am Rechte" so konstruiert wird, daß durch die Begründung eines solchen Rechtes, soweit dessen Inhalt reicht, der Berechtigte in eine Gemeinschaft mit demjenigen tritt, welchem das belastete Recht zusteht, so zwar, daß beide, mindestens nach außen, als Mitberechtigte angesehen werden müssen (vgl. §§ 1076 ff., 1281 ff.). Aber auch bei Ablehnung dieser Vorstellung erhellt aus dem § 876 Satz 1, daß es das eigene Recht des Zustimmenden ist, welches durch die Zustimmung aufgegeben wird. Der Verzicht (§ 875), die Zustimmung (§ 876) und die Vornahme der Löschung (§ 875) sind gleichwertige und von einander unabhängige Erfordernisse der Aufhebung des Rechtes; gemeinsam ist ihnen nur der Zweck, da das Recht nicht erlöschen kann, wenn nicht alle drei erfüllt werden.

3. **Darauf, ob der Aufhebung des Rechtes vor oder nach der Verzichterklärung des Berechtigten (§ 875) zugestimmt wird, kommt es nicht an.** Der Berechtigte wird und bleibt ohne Rücksicht auf die Zustimmung an seinen Verzicht gebunden. Die Zustimmung kann, da eine Frist für ihre Erteilung nicht vorgeschrieben ist, auch nach der Löschung noch wirksam erklärt werden (vgl. § 185 Abs. 2). So lange aber ihre Erteilung aussteht, ist die Löschung unwirksam und folglich der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 894), d. h. auf Wiedereintragung des gelöschten Rechtes gegeben, natürlich unbeschadet der Berufung des Passivbeteiligten auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892). Der Fall wird übrigens nur sehr selten praktisch werden, da der Grundbuchbeamte das Recht nur löschen darf, wenn die Löschung sowohl von dem Berechtigten als auch von demjenigen, welchem ein Recht an dem

Rechte zusteht, bewilligt und die Bewilligung entweder zum Protokolle des Grundbuchamts erklärt oder durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen wird (GBO. §§ 19, 29).

4. **Die Zustimmung ist** ebenso wie die Verzichterklärung **ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.** Die Vorschrift des § 876 Satz 3 entspricht in ihrem ersten Halbsatze dem § 875 Satz 2. Das Gebiet ihrer Anwendung ist nur insofern weiter, als der Aufhebung des belasteten Rechtes auch zu Gunsten des Berechtigten zugestimmt werden, die Erklärung mithin auch diesem gegenüber erfolgen kann. Die Zustimmung weicht ferner von dem Verzichte darin ab, daß die Gültigkeit ihrer Erklärung und die Bindung an diese nicht an verschiedene Voraussetzungen geknüpft sind; **die Erklärung ist,** sofern sie gültig, d. h. einem Empfangsberechtigten gegenüber (§ 876 Satz 3 Halbs. 1), abgegeben wird, nach § 876 Satz 3 Halbs. 2 auch dann **unwiderruflich,** wenn eine Form nicht beobachtet ist. Die sofortige Unwiderruflichkeit tritt selbst in dem Falle ein, wenn die Zustimmung vor dem Verzicht erklärt worden ist; der § 183 findet hier ebensowenig Anwendung wie der § 182 (P. I S. 4443). Eine Verfügung, die nach der Zustimmung über das belastende Recht getroffen wird, entkräftet die Zustimmung nicht (vgl. §§ 404, 413); das belastete Recht kann jedoch zum Nachteile desjenigen, zu dessen Gunsten verfügt ist, nicht aufgehoben werden, es sei denn, daß dem Erwerber der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892) nicht zur Seite steht (vgl. P. II Bd. 3 S. 72 f.; Biermann S. 52 Erl. 1c; a. M. Turnau-Förster I S. 125 Erl. 4, welche meinen, dem Erwerber komme stets der Schutz des § 892 zustatten, weil die Zustimmung das Grundbuch nicht unrichtig mache; s. dagegen den folgenden Abs., wonach die Zustimmung in den dort bezeichneten Fällen als ein bedingter Verzicht anzusehen ist).

Ist das belastende Recht ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht, so kommt in Betracht, daß zu seiner Aufhebung die einseitige Verzichterklärung des Berechtigten genügt (§§ 1064, 1068, 1072, 1255, 1273). Wenn daher der Berechtigte, bevor das belastete Recht aufgehoben ist, der Aufhebung gültig zustimmt, so wird hierin ein Verzicht auf das eigene Recht unter der Bedingung der Aufhebung des anderen gefunden werden müssen. Eine praktische Folge hiervon ist, daß eine Verfügungsbeschränkung, die in der Zwischenzeit gegen den Berechtigten verhängt wird, die Wirksamkeit der Zustimmung nicht berühren kann (§ 161 Abs. 1); der § 878 findet auf die Zustimmung keine Anwendung (RG. 52 S. 416; vgl. auch Strecker S. 65 f.).

5. Der § 184 kann zu der Frage veranlassen, **ob die Zustimmung, wenn sie erst nach der Löschung erteilt wird, auf den Zeitpunkt der Löschung zurückwirkt.** Die Bejahung scheint nach dem Prinzipe, welches dem § 184 und dem § 879 Abs. 2 zugrunde liegt, nicht zweifelhaft zu sein. Von praktischer Bedeutung ist jedoch die Frage nicht, da sie nicht allein einen groben Verstoß der Buchbehörde gegen die bei der Löschung zu beobachtenden Bestimmungen der GBO. §§ 19, 29 zur Voraussetzung hat, sondern auch das kaum nachweisbare Interesse eines Dritten an der Verlegung des Zeitpunktes der Aufhebung des gelöschten Rechtes unterstellt. Denkbar ist freilich der Fall, daß über das belastende Recht vor der Zustimmung anderweit verfügt wird. Allein in einem solchen Falle kann die Zustimmung rechtsgültig überhaupt nicht mehr erteilt, mithin auch die Löschung nicht wirksam werden; die Vorschriften des § 892 über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs bleiben jedoch unberührt.

6. **Steht das Recht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zu,** so gilt es nach § 96 als Bestandteil des letzteren und, wenn dieses mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, als mitbelastet (Bd. I S. 163 Erl. 1b zu § 93); es kann daher nach § 876 Satz 2 nur mit Zustimmung des Dritten aufgehoben werden. Zur Löschung bedarf es freilich nach der GBO. § 21 der Bewilligung des Dritten nur, wenn das aufzuhebende Recht auf dem Blatte des Grundstücks, als dessen Bestandteil es angesehen wird, gemäß GBO. § 8 vermerkt ist (s. Achilles-Strecker S. 165 Erl. 3, S. 214). Das Recht bleibt aber der Löschung ungeachtet bestehen, so lange der Aufhebung von dem Dritten nicht zugestimmt wird.

Die Zustimmung ist jedoch überhaupt nicht erforderlich, wenn das belastende Recht von der Aufhebung nicht berührt wird. Bei der Frage, ob dies der Fall ist, bleibt die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des dritten Berechtigten, welche sich für den Fall der Umwandelung seines Rechtes in einen Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös ergeben könnte, außer Betracht (M. III S. 464 f.); da jedes subjektiv-dingliche Recht den Wert des herrschenden Grundstücks erhöht, würde sonst die Ausnahmevorschrift ohne Bedeutung sein. Entscheidend ist, ob die Fortdauer des subjektiv-dinglichen Rechtes für die Verwirklichung des Rechtes selbst, nicht des an seine Stelle tretenden Ersatzanspruchs von Bedeutung ist. Ist das belastende Recht (wie

§. 877. Die Vorschriften der §§. 873, 874, 876 finden auch auf Aenderungen des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstück Anwendung.

---

die Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und die Reallasten) auf Befriedigung aus dem Grundstücke gerichtet, wird es von der Aufhebung eines jeden subjektiv-dinglichen Rechtes berührt, einerlei ob letzteres älter oder jünger ist als jenes (a. M. Dernburg III § 44 Nr. III 3); denn den Hypothekengläubigern des herrschenden Grundstücks haften als dessen Bestandteile alle subjektiv-dinglichen Rechte ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Begründung (M. III S. 464; vgl. unten Erl. 1 b zu § 1126). Dagegen hat derjenige, welchem eine Dienstbarkeit an einem Grundstücke zusteht, kein unmittelbares Interesse an einem mit diesem Grundstücke verbundenen Vorkaufsrechte (a. M. Fuchs S. 80 Erl. 2, Turnau-Förster I S. 126 Erl. 5) und ein Grunddienstbarkeitsberechtigter auch kein unmittelbares Interesse an einer subjektiv-dinglichen Reallast, so daß es ihrer Zustimmung zur Aufhebung dieser Rechte nicht bedarf.

Im weiteren Umfang als der § 876 können die Landesgesetze gemäß EG. Art. 120 Abs. 2 Nr. 2 die Aufhebung subjektiv-dinglicher Rechte erleichtern.

§ 877.

E. I § 1134 Satz 3, § 1144 Satz 3; II § 798 rev. § 862; III § 861. P. I S. 5384, 5387 ff., 5445 ff.; M. III S. 779, 795 f. P. II Bd. 3 S. 692 ff.; Bd. 4 S. 586 f.

1. Der Inhalt eines Rechtes an einem Grundstücke kann, soweit seine Bestimmung den Beteiligten freigegeben ist (S. 7 f.), nachträglich geändert werden. Die Voraussetzungen dieser **Inhaltsänderung** regelt der § 877. Eine Inhaltsänderung im Sinne dieser Vorschrift liegt nicht nur dann vor, wenn an Stelle einer Art der Grundstücksbelastungen eine ganz andere (z. B. an Stelle einer Hypothek eine Grundschuld) gesetzt wird, sondern auch wenn innerhalb derselben Belastungsart eine Veränderung in der Berechtigung stattfindet (KG. 21 S. A 117); insbesondere ist auch die Umwandelung einer Briefhypothek in eine Buchhypothek (KG. a. a. O.; a. M. Kretzschmar I S. 156) und die Verlegung der Ausübung einer Grunddienstbarkeit gemäß § 1023 (a. M. Fuchs S. 82 Erl. 5) eine Inhaltsänderung.

Auf die Änderung des Inhalts eines Rechtes an einem Rechte am Grundstücke findet § 877 keine Anwendung.

2. Zweck der Vorschrift. Die Inhaltsänderung kann eine Erweiterung oder eine Einschränkung des Rechtes enthalten.

Besteht die Änderung in einer Erweiterung der Befugnisse des Berechtigten, so stellt sie sich als eine Neubelastung des Grundstücks dar, zu der die Einigung des Berechtigten mit dem Eigentümer und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist (§§ 873 f.). Sind gleich- oder nachstehende Berechtigte vorhanden, so bedarf es ihrer Zustimmung, es sei denn, daß ein Rechtsverlust durch die Änderung für sie ausgeschlossen ist oder das Gesetz, wie z. B. in §§ 1119, 1186, 1198, 1203, die Zustimmung für entbehrlich erklärt (§ 876). Fehlt die in Ansehung eines Rechtes erforderliche Zustimmung, so kann die Änderung nur mit dem Range nach diesem Rechte eingetragen werden.

Bezweckt die Änderung, den Inhalt des Rechtes einzuschränken, so handelt es sich im Grunde nur um eine teilweise Aufhebung, die den Vorschriften der §§ 875 f. unterliegt. Tatsächlich entspricht aber der Einschränkung nicht selten in anderer Beziehung eine Erweiterung der Befugnisse des Berechtigten. Bisweilen läßt sich von vornherein überhaupt nicht übersehen, ob durch die Änderung der Inhalt des Rechtes erweitert oder eingeschränkt wird. Die Zweifel, welche sich hieraus für die Erfordernisse der Inhaltsänderung ergeben, werden durch § 877 abgeschnitten, indem stets eine Einigung, die Eintragung und die Zustimmung eines etwaigen Dritten (§ 876) für erforderlich erklärt wird.

3. Die Anwendbarkeit des § 877 ist durch eine Reihe von Sondervorschriften eingeschränkt. Besonders geordnet ist z. B. in den §§ 880, 1151 die Rangänderung, in dem § 1109 die Regelung der subjektiv-dinglichen Reallast im Falle einer Teilung des herrschenden Grundstücks, in dem § 1116 Abs. 2, 3 die nachträgliche Ausschließung der Erteilung eines Hypothekenbriefs sowie die Aufhebung der Ausschließung, in § 1132 Abs. 2 die Umwandelung einer Gesamthypothek in Einzelhypotheken, in dem § 1180 der Fall, wenn an die Stelle der Forderung, für welche eine Hypothek besteht, eine andere Forderung gesetzt wird. In verschiedenen Fällen vollzieht sich eine Inhaltsänderung kraft Gesetzes, so die Umwandelung einer Hypothek, die ohne

§. 878. Eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§. 873, 875, 877 abgegebene Erklärung wird nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist.

Forderung auf den Eigentümer übergeht, in eine Grundschuld (§ 1177) und die Verbindung einer Hypothek mit der Ersatzforderung des persönlichen Schuldners (§§ 1164, 1174) oder des Eigentümers (§ 1173 Abs. 2, § 1182). In den nicht besonders geordneten Fällen tritt die Vorschrift des § 877 ergänzend ein, namentlich also, wenn der Inhalt eines Erbbaurechts, einer Dienstbarkeit, eines Vorkaufsrechts oder einer Reallast oder wenn Zahlungszeit oder Zahlungsort der Hypotheken und Grundschulden (§§ 1119, 1192 ff.) geändert, eine Verkehrshypothek in eine Sicherungshypothek, eine Hypothek in eine Grundschuld, eine Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld oder umgekehrt umgewandelt (§§ 1186, 1198, 1203), bei einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder bei einer Grundschuld auf den Inhaber des Briefes nachträglich dem Gläubiger ein Vertreter bestellt werden soll (§§ 1189, 1192, 1195, 1200).

§ 878.

E. I § 831, § 834 Satz 1, § 1134 Satz 3, § 1144 Satz 3; II § 799 rev. § 863; III § 862. P. I S. 3655 ff., 3701 ff., 3972, 4437 ff., 5384, 5389, 5445 ff., 6262 f., 6269, 11933 ff.; M. III S. 190 ff., 200 f., 779, 795 f. P. II Bd. 3 S. 65 ff., Bd. 4 S. 586 f. D. S. 658.

1. **Zweck der Vorschrift.** Den Vorteilen, welche das Eintragungsprinzip der §§ 873, 875, 877 gewährt, steht die Unzuträglichkeit gegenüber, daß die Beteiligten den Zeitpunkt, mit welchem die Rechtsänderung eintritt, nicht mit Sicherheit bestimmen können, weil das Grundbuchamt nur selten in der Lage ist, die beantragte Eintragung sofort nach Eingang des Antrags vorzunehmen. Erfahrungsgemäß vergehen meist Tage, mitunter sogar Wochen, bis der Antrag erledigt ist. In der Zwischenzeit aber können sich Tatsachen ereignen, durch welche die Verfügung über das Recht dem Berechtigten entzogen, die eine solche Verfügung bezweckende Erklärung mithin, da sie ihren Zweck nur mit Hilfe der Eintragung zu erreichen vermag, unwirksam wird, sofern nicht das Gesetz dem Ereignisse die Erheblichkeit abspricht. Das BGB. enthält zum Schutze der Rechtsgeschäfte unter § 130 die allgemeine Bestimmung, daß es auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluß ist, wenn derjenige, welcher dieselbe abgegeben hat, stirbt oder die Geschäftsfähigkeit verliert; diese findet auch auf die dinglichen Rechtsgeschäfte Anwendung (S. 87 Erl. III 2 a. E.). Unter § 878 wird für dingliche Rechtsgeschäfte eine besondere Bestimmung getroffen, um auch gegen Verfügungsbeschränkungen des Berechtigten den Erwerber des Rechtes oder im Falle der Aufhebung desselben den Begünstigten zu schützen.

2. **Als Verfügungsbeschränkungen** im Sinne des § 878 kommen vornehmlich die Veräußerungsverbote der §§ 135 f., insbesondere die Versteigerungsbeschlagnahme (ZVG. §§ 20 ff.) und die Konkurseröffnung in Betracht (oben S. 78 f. Vorbem. VI 3). Das Reichsgericht hatte die KO. v. 10. Februar 1877 § 12 so ausgelegt, daß nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Eigentümers eines Grundstücks eine Hypothek mit Wirkung gegen die Masse nicht mehr eingetragen werden könnte, auch wenn der Antrag auf Eintragung schon vor der Eröffnung gestellt worden wäre (RG. 28 S. 283). Dieser Auslegung ist jetzt dadurch vorgebeugt, daß der dem § 12 entsprechende § 15 der neuen Fassung der KO. die Vorschrift des BGB. § 878 unberührt läßt.

3. Der § 878 entzieht der Verfügungsbeschränkung die Wirkung gegen die Rechtsänderung unter der **Voraussetzung**, daß bereits die zu dieser erforderliche Erklärung des Berechtigten für denselben bindend geworden und der Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist, bevor die Beschränkung verhängt wurde. Bezüglich der Bindung darf hier auf die Erl. der §§ 873, 875 (S. 85 ff., 94) verwiesen werden. Der Antrag dagegen ist zwar ein Moment des Verfahrens, welches in der GBO. §§ 13 ff., 28, 30, 32, 46 geregelt ist. Aber dieses Moment ist nach § 878 für die materiellen Rechtsbeziehungen der Beteiligten zu einander dergestalt wesentlich, daß, wenn es fehlt, die Erklärung des Berechtigten durch die Verfügungsbeschränkung entkräftet wird. Ebenso liegt der Fall, wenn der Antrag von dem Grundbuchamt endgültig zurückgewiesen oder vor seiner Erledigung von dem Antragsteller zurückgenommen wird (über die Zurücknahme des Eintragungsantrags vgl. Achilles-Strecker S. 247 f. Erl. zu § 32). Wird dagegen der Antrag nicht zurückgewiesen, sondern die Eintragung auf Grund desselben vor-

§. 879. Das Rangverhältniß unter mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, bestimmt sich, wenn die Rechte in derselben Abtheilung des Grundbuchs eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen. Sind die Rechte in verschiedenen Abtheilungen eingetragen, so hat das unter Angabe eines früheren Tages eingetragene Recht den Vorrang; Rechte, die unter Angabe desselben Tages eingetragen sind, haben gleichen Rang.

Die Eintragung ist für das Rangverhältniß auch dann maßgebend, wenn die nach §. 873 zum Erwerbe des Rechtes erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zu Stande gekommen ist.

Eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses bedarf der Eintragung in das Grundbuch.

---

genommen, so findet, sofern der Antrag selbst den Vorschriften der GBO. entsprach, der § 878 selbst dann Anwendung, wenn das Grundbuchamt dem Antrage wegen des Fehlens der sonstigen Voraussetzungen der Eintragung nicht stattgeben durfte (a. M. Turnau-Förster I S. 130 Erl. 4).

Der Stellung des Antrags ist die Aushändigung der Eintragungsbewilligung an den Mitbeteiligten nicht gleichgestellt (RG. 23 S. A 242).

4. Die Vorschrift des § 878 hat nur **die Wirkung**, daß trotz der vor der Eintragung der Rechtsänderung eintretenden Verfügungsbeschränkung (z. B. der Konkurseröffnung) die Rechtsänderung auch gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, (z. B. gegenüber den Konkursgläubigern) wirksam ist; sie nimmt also der Verfügungsbeschränkung ihre Wirkung. Dagegen steht sie einer Anfechtung der Rechtsänderung auf Grund der §§ 29 ff. der KO. nicht entgegen (RG. 51 S. 284).

5. Auf die zu der Erklärung des Berechtigten erforderliche **Zustimmung anderer Personen** (§ 876, § 880 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3, § 1183) bezieht sich der § 878 **nicht** (RG. 52 S. 416; vgl. S. 96 Erl. 4). Über die Anwendbarkeit des § 878 auf die Eintragung einer **Vormerkung** s. Erl. 1 b zu § 885.

§§ 879—881.

Eine der wichtigsten Aufgaben, welche die Gesetzgebung im Interesse des Realkredits zu lösen hat, ist die Gestaltung des **Rangverhältnisses** unter mehreren Rechten, mit welchen ein Grundstück belastet ist. Die Wichtigkeit besteht darin, daß bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks, wenn der Erlös zur Befriedigung der Ansprüche aus den Rechten nicht hinreicht, die Befriedigung eines Anspruchs von der Stelle abhängt, die das Recht in der Rangordnung einnimmt (ZVG. §§ 10 ff.). Das BGB. regelt in den §§ 879—881 das Verhältnis für die eingetragenen Rechte, und zwar in dem § 879 die allgemeinen Grundlagen, in dem § 880 die nachträgliche Änderung des Ranges eines Rechtes, in dem § 881 den sogenannten Rangvorbehalt. Da in dem Rangverhältnisse sich die Wirksamkeit der Rechte gegen einander betätigt, so unterliegt dasselbe dem Eintragungs- und Konsensprinzipe. Jedes Recht hat demnach den Rang, der ihm auf Grund einer Bestimmung der Beteiligten im Grundbuche beigelegt wird (§ 879 Abs. 3, § 880 Abs. 2, § 881 Abs. 1, 2). Soweit eine solche Bestimmung nicht getroffen oder nicht eingetragen ist, bestimmt sich das Rangverhältnis nach der Reihenfolge der Eintragungen, bei Rechten, welche in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchs eingetragen sind, nach dem Datum (oben S. 75 f. Vorbm. V 5).

§ 879.

E. I § 840; II § 800 rev. § 864; III § 863. P. I S. 3781 f., 3974, 3983 ff., 5015, 5127 f., 6265, 6270; M. III S. 225 ff. P. II Bd. 3 S. 88 ff.; Bd. 6 S. 221. D. S. 658 f.

1. Das Eintragungsprinzip bringt es mit sich, daß **das Rangverhältnis unter mehreren Rechten nicht durch** das Alter, sondern **durch die Eintragung** derselben **bestimmt** wird. Das Alter eines Rechtes entzieht sich regelmäßig der Kenntnis eines Dritten, für den ebenfalls ein Recht an dem Grundstück eingetragen werden soll. Das Grundbuch gibt keine Auskunft darüber, ob und wann die zur Entstehung des Rechtes nach § 873 erforderliche Einigung zustande gekommen ist. Die Vermutung spricht aber für das Bestehen des eingetragenen Rechtes (§ 891); wird sie nicht widerlegt, d. h. das Nichtbestehen nicht nachgewiesen, so muß Dritten gegenüber

das Recht als mit seiner Eintragung entstanden gelten und folglich auch den Rang behaupten, den ihm die Eintragung beilegt.

Diese Auffassung entspricht der überwiegenden Mehrzahl der bisherigen Landesgesetze (s. M. III S. 226). Während indessen einige die zeitliche Folge der Eintragungen als das Rangverhältnis bestimmend ansehen, lassen die meisten die räumliche Ordnung auf dem Blatte des Grundbuchs, d. h. die Reihenfolge der Eintragungen, soweit diese in der nämlichen Abteilung des Blattes bewirkt werden, statt der Zeitfolge entscheiden. Das BGB. konnte auf die Zeitfolge nicht abstellen, weil die Angabe der Zeit einer Eintragung im Grundbuche nicht wesentlich ist (GBO. § 45), mithin auch solche Eintragungen berücksichtigt werden müssen, denen die Zeitangabe mangelt. Praktisch ist es übrigens nur von geringem Belang, ob das Rangverhältnis durch die Reihenfolge oder durch die Zeitfolge begründet wird. Denn da jedes Recht an der zunächst offenen Stelle einzutragen, ein Zwischenraum aber, der Platz für eine neue Eintragung gewährte, nicht gestattet ist, so muß eine Eintragung, die räumlich nach einer anderen und vor einer dritten steht, auch zeitlich nach jener und vor dieser bewirkt worden sein. Soll die Reihenfolge nicht entscheiden, so bedarf es nach § 879 Abs. 3 der besonderen Eintragung des Rangverhältnisses, welches unter den nach einander eingetragenen Rechten bestehen soll (GBO. § 46 Abs. 3).

Die ältere preußische Praxis ließ die Reihenfolge dann nicht maßgebend sein, wenn mehrere Rechte unter derselben Nummer mit demselben Datum eingetragen waren; in diesem Falle sollten die Rechte gleichen Rang haben. Nach dem BGB. findet dies nur statt, wenn die Abweichung im Grundbuche vermerkt ist; in der Eintragung unter derselben Ziffer ist ein genügender Vermerk im Sinne des § 879 Abs. 3 nicht zu finden (a. M. Dernburg III § 216 Nr. 3; s. auch KG. 20 S. A 101, wo die Eintragung mehrerer Hypotheken unter derselben Nummer als unzulässig bezeichnet wird).

2. Sind die Rechte in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchs eingetragen (oben S. 73 Vorbm. III 3), so läßt das Prinzip des § 879 Abs. 1 Satz 1 in Stich (S. 76 Vorbem. V 5). Es muß nunmehr auf die Zeitfolge zurückgegriffen werden, aber nicht in dem Sinne, daß die zeitliche Priorität der einen Eintragung vor der anderen zu beweisen wäre. Von dem Standpunkte, der in Erl. 1 gekennzeichnet ist, kann nur die Eintragung selbst, d. h. ihre eigene Zeitangabe darüber entscheiden, wann sie bewirkt worden ist. Nach der GBO. § 45 soll aber jede Eintragung den Tag, an welchem sie erfolgt ist, d. i. das Datum der Einschreibung des Eintragungsvermerkes angeben (Achilles-Strecker S. 279 Erl. 2b, Recht 1900 S. 279f., 1901 S. 458). Der zweite Satz des § 879 legt deshalb dem früher datierten Rechte den Vorrang bei. Sind die Rechte verschiedener Abteilungen mit gleichem Datum eingetragen, so fehlt das den Vorzug bedingende Merkmal; die Rechte haben daher, wie das Gesetz besonders hervorhebt, gleichen Rang.

Ist in einer Abteilung ein Recht ohne Datum eingetragen, so soll es nach Strecker S. 78 (anders Achilles-Strecker S. 280 Erl. 2c) allen Rechten nachstehen, die in einer anderen Abteilung mit Angabe des Datums eingetragen sind. Dies dürfte jedoch nur dann richtig sein, wenn die nicht datierte Eintragung die letzte in der Reihenfolge ihrer Abteilung ist. Andernfalls hat die nicht datierte Eintragung nach § 879 Abs. 1 Satz 1 den Rang vor der ihr räumlich folgenden Eintragung und hiermit zugleich vor denjenigen Eintragungen einer anderen Abteilung, welchen diese Eintragung vorgeht.

3. Der Rang eines Rechtes bestimmt sich auch dann nach der Eintragung, wenn dasselbe von einer **Bedingung** oder **Befristung** abhängt. Dies folgt einerseits daraus, daß derjenige, welcher ein solches Recht bestellt, mit der Bestellung nach § 161 Abs. 1 dinglich gebunden wird, andererseits aus der analogen Anwendung des § 879 Abs. 2, da diese Vorschrift auf dem auch in § 900 Abs. 2 Satz 2 zum Ausdrucke gekommenen Grundsatze beruht, daß die Eintragung für den Rang eines Rechtes ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entstehung desselben den Ausschlag gibt. In dem ZVG. §§ 48, 50f., 119f. werden die praktischen Konsequenzen des Grundsatzes gezogen.

Ein Recht, zu dessen Schutze ein **Widerspruch** eingetragen wird (§ 899), erlangt hierdurch für den Fall seiner Feststellung absolute Wirkung gegen die in der Zwischenzeit entstehenden Rechte (§ 892 Abs. 1); es geht diesen Rechten vor (vgl. § 902 Abs. 2; ZVG. § 48). Den voreingetragenen Rechten steht es im Range nach, soweit nicht dadurch, daß einer der Berechtigten sich nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann (§ 892), ein anderes Rangverhältnis begründet wird (vgl. Erl. 5d zu § 899). Mit der Beschränkung des Eigentümers

in der Verfügung über das Grundstück steht es, wenn die Beschränkung eingetragen ist, in Ansehung des Ranges wesentlich ebenso wie mit dem Widerspruche.

Der Einfluß einer Vormerkung auf den Rang des durch dieselbe gesicherten Rechtes wird in dem § 883 Abs. 3 besonders bestimmt. Eine Sonderbestimmung gilt ferner im Hypothekenrechte nach § 1131 Satz 2 für den Fall, daß ein mit einem Rechte belastetes Grundstück einem anderen Grundstück, an dem eine Hypothek besteht, zugeschrieben worden ist. Wegen der Meliorationsdarlehne siehe EG. Art. 118.

4. Der § 879 setzt eine Ordnung des Verfahrens voraus, bei welcher, wenn mehrere Rechte einzutragen sind, die Eintragungen nach der Reihe bewirkt werden, d. h. in derjenigen Folgeordnung, welche von den Beteiligten bestimmt ist, beim Mangel einer solchen Bestimmung aber der Zeitfolge entspricht, in der die Anträge bei dem Grundbuchamte gestellt worden sind. Die erforderlichen Vorschriften sind in der GBO. §§ 17 f., 46 enthalten.

a) Die Bestimmung des Rangverhältnisses durch die Beteiligten kommt (im Hinblick auf § 880) an dieser Stelle nur insoweit in Betracht, als sie bei der Bestellung der Rechte erfolgt. Zu ihrer Gültigkeit ist die Einigung des Eigentümers mit den Erwerbern der Rechte über die Abweichung von dem gesetzlichen Rangverhältnis und die Eintragung der Abweichung in das Grundbuch erforderlich (§ 873 Abs. 1, § 879 Abs. 3). Dem Grundbuchamte braucht jedoch die Einigung nicht nachgewiesen zu werden; die Behörde hat das abweichende Rangverhältnis einzutragen, wenn die formellen Voraussetzungen der Eintragung vorliegen (vgl. GBO. §§ 13 ff., §§ 29 f., § 46 Abs. 3).

Wird ein anderes als das durch die Einigung der Beteiligten bestimmte Rangverhältnis eingetragen, so wird das Grundbuch infolge der Nichtübereinstimmung des Inhalts der Einigung mit dem der Eintragung unrichtig und der Anspruch des Verletzten auf Berichtigung des Buches nach § 894 begründet (Kretzschmar im CBl. f. FG. 2 S. 718; a. M. Biermann S. 55 Erl. 2).

b) Haben die Beteiligten das Rangverhältnis nicht bestimmt, so sind die Rechte in Gemäßheit der GBO. § 46 Abs. 1, 2 so einzutragen, daß ein Recht, dessen Eintragung früher beantragt ist als die eines anderen, den Rang vor diesem erhält und daß Rechte, deren Eintragung gleichzeitig beantragt ist (s. Rspr. 6 S. 202), gleichen Rang erlangen. Weicht der Grundbuchbeamte vorsätzlich oder fahrlässig hiervon ab, so hat nach § 12 a. a. O. der Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht, dem Beschädigten Ersatz des Schadens zu leisten.

Die Abweichung macht das Grundbuch nicht unrichtig (s. CBl. f. FG. 2 S. 713 ff.). Denn die Vorschriften des § 46 Abs. 1, 2 sind nur Ordnungsvorschriften, von deren Befolgung die Bestimmung des Rangverhältnisses nach dem BGB. § 879 Abs. 1 nicht abhängig ist. Auch im Wege der Beschwerde kann eine gesetzwidrige Eintragung nicht beseitigt werden (GBO. § 71 Abs. 2). Ein persönlicher Anspruch auf Änderung des Rangverhältnisses ist freilich nicht ausgeschlossen; er kann namentlich aus einer ungerechtfertigten Bereicherung oder aus einer unerlaubten Handlung desjenigen hergeleitet werden, dessen Recht infolge des vorschriftswidrigen Verfahrens den besseren Rang erhalten hat. Aus der bloßen Tatsache aber, daß das Recht des Verletzten nicht mit dem nach der GBO. § 46 Abs. 1 oder Abs. 2 ihm gebührenden Range eingetragen ist, folgt noch nicht eine Bereicherung des Begünstigten auf Kosten des Verletzten (BGB. § 812), und eine unerlaubte Handlung des Begünstigten liegt nicht schon dann vor, wenn demselben bei der Stellung des Eintragungsantrags bekannt gewesen ist, daß der Verletzte die Eintragung eines Rechtes bereits vorher beantragt hatte (Rspr. 6 S. 261). Näheres über die Frage im P. II Bd. 3 S. 89 ff.

5. Das Rangverhältnis der Rechte an einem das Grundstück belastenden Rechte ist im BGB. nicht ausdrücklich geregelt. In analoger Anwendung der Vorschriften des § 879 ist auch für die Rangordnung dieser Rechte grundsätzlich die Reihenfolge der Eintragungen und nur, wo dieses Prinzip wegen der Einrichtung des Grundbuchs im Stiche lassen sollte (s. Erl. 1, 2), das Datum der Eintragungen als entscheidend anzusehen (vgl. Turnau-Förster I S. 137 Erl. II 1 a, Biermann S. 56 Erl. 6 und Widerspruch und Vormerkung S. 158 f.; a. M. Fuchs S. 91 Erl. 8, der den Zeitpunkt des Entstehens der Rechte für maßgebend erklärt).

6. Der Rang nicht eingetragener Rechte bestimmt sich, wenn es zu ihrer Begründung der Eintragung nicht bedarf, nach der Zeit ihrer Entstehung (S. 9); zu Unrecht gelöschte Rechte behalten den Rang, der ihnen nach der Stelle ihrer Eintragung oder dem Inhalte des Eintragungsvermerkes zukam.

§. 880. Das Rangverhältniß kann nachträglich geändert werden.

Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten und die Eintragung der Aenderung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des §. 873 Abs. 2 und des §. 878 finden Anwendung. Soll eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld zurücktreten, so ist außerdem die Zustimmung des Eigenthümers erforderlich. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder einem der Betheiligten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich.

Ist das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des §. 876 entsprechende Anwendung.

Der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird.

Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt.

Die Regel hat indessen Ausnahmen. Die praktisch wichtigsten ergeben sich aus dem ZVG. §§ 10—12. Nach dem BGB. § 914 Abs. 1 Satz 1 und § 917 Abs. 2 Satz 2 geht die Rente, welche für die Duldung eines Überbaues oder eines Notwegs von dem Eigentümer eines Grundstücks zu entrichten ist, allen übrigen Rechten an dem Grundstücke vor. Eine allgemeine Ausnahme wird durch § 892 begründet; hatte nämlich der Erwerber eines Rechtes beim Erwerbe bezw. bei der Stellung des Eintragungsantrags keine Kenntnis von einem nichteingetragenen Rechte, so verliert dieses Recht den Vorrang.

7. Für die Übergangszeit sind die Vorschriften des EG. Art. 184, 187—189 maßgebend.

§ 880.

E. I § 841; II § 801 rev. § 865; III § 864. P. I S. 5127 ff., 5141 ff.; M. III S. 228 ff. P. II Bd. 3 S. 91 ff. D. S. 658 f.

I. Zweck und Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Der Rang eines Rechtes bezeichnet, rein logisch angesehen, nicht eine selbständige Befugnis des Berechtigten, über die beliebig verfügt werden könnte, sondern eine Folgerung aus der Dinglichkeit des Rechtes, die Wirkung desselben gegen weitere Belastungen des Grundstücks, die der Übertragung auf ein anderes Recht widerstrebt. Die Rücksicht auf den Realkredit des Eigentümers fordert aber dringend, den Beteiligten eine Änderung des bestehenden Rangverhältnisses zu gestatten. Ein Bedürfnis ist namentlich dann vorhanden, wenn eine Stiftung, eine Hypothekenbank oder eine sonstige Anstalt, die nach ihren Satzungen Grundstücke nur zur ersten Stelle beleihen darf, unter Erfüllung dieser Bedingung das Geld hergeben will oder wenn jemand, dem eine Hypothek oder eine Grundschuld an dem Grundstücke zusteht, dem Eigentümer kündigt oder mit Kündigung droht, weil er sich durch ein ihm vorgehendes Recht in seiner Sicherheit gefährdet glaubt.

Die Landesgesetzgebung ist dem Bedürfnisse durch Zulassung einer Vorrechtseinräumung (Prioritätsabtretung) auf dem Gebiete des Hypothekenrechts entgegengekommen (vgl. die Übersicht in den M. III S. 228). Die Regelung war jedoch, wenn man von dem sächs. Gesetzbuch absieht, mehr oder weniger unvollkommen, weil die Gesetze die Vorstellung, daß der Rang eines Rechtes auf ein anderes nicht übertragen werden könne, nicht vollständig aufgegeben haben, während die Absicht der Parteien bei der Prioritätseinräumung gewöhnlich darauf gerichtet ist, durch dieselbe den Rang der Rechte endgültig zu wechseln, d. h. mit dinglicher Wirkung zu ändern. Die Folge waren zahlreiche Streitfragen, welche dem Institute den Stempel der Unsicherheit aufdrückten.

Die erste Kommission fand das Rechtsverhältnis, welches durch die Vorrechtseinräumung begründet wurde, so unklar und wenig einfach, daß sie sich gegen die Aufnahme derselben in das BGB. erklärte. Eine rechtsgeschäftliche Änderung der Rangordnung wurde zwar vorgesehen. Aber während die Prioritätsabtretung durch eine Übereinkunft des vortretenden Gläubigers mit dem zurücktretenden vollzogen wurde und einer Eintragung meist nur zur Erlangung von Rechtswirkung gegen Dritte bedurfte, sollten fortan Vertrag und Eintragung zur Gültigkeit der

Änderung erforderlich und der Vertrag nicht bloß von den unmittelbar Beteiligten, sondern auch von dem Eigentümer des Grundstücks und den etwaigen Zwischenberechtigten geschlossen werden müssen (E. I § 841).

Die Kritik erklärte sich gegen diese Lösung; man hielt dieselbe für unpraktisch, weil der Eigentümer die Zustimmung der Zwischenberechtigten nur sehr selten und jedenfalls nur mit unverhältnismäßigen Opfern würde beschaffen können. Die zweite Kommission hat dieses Erfordernis aufgegeben, im übrigen aber die Vorrechtseinräumung, unter Ausdehnung auf alle begrenzten Rechte an Grundstücken, zu einer wirklichen Rangänderung erhoben. Ihren Beschlüssen ist weder der Bundesrat noch der Reichstag entgegengetreten.

II. Indem der § 880 Abs. 1 ausspricht, daß das Rangverhältnis nachträglich geändert werden kann, läßt er keinen Zweifel, daß es sich um eine positive Einrichtung handelt, welche der ausdrücklichen Anerkennung durch das Gesetz bedarf und nur, soweit diese Anerkennung reicht, sich zu betätigen vermag (vgl. S. 7 Ziff. 2).

1. Für die **rechtliche Natur der Rangänderung** ergibt sich aus Abs. 1, daß der Vorrang, welchen nach § 879 das eine Recht vor dem anderen hat, von jenem gelöst und diesem beigelegt wird. Die für das preußische Recht vertretene Auffassung, daß durch die Vorrechtseinräumung nur obligatorische Rechte und Pflichten begründet werden, verliert somit dem BGB. gegenüber die Berechtigung. Durch die Rangänderung wird für die Beteiligten derjenige Zustand hergestellt, welcher von vornherein bestanden haben würde, wenn das vortretende Recht an der Stelle, welche das zurücktretende Recht im Grundbuch einnimmt, und das zurücktretende an der Stelle des vortretenden Rechtes eingetragen worden wäre. Steht dieses Recht unmittelbar hinter jenem eingetragen, so vollzieht sich ein Stellentausch, der keine Schwierigkeiten macht. Werden dagegen beide Rechte durch ein oder mehrere Rechte Dritter im Grundbuche getrennt, so kompliziert sich das Verhältnis dadurch, daß die Zwischenrechte grundsätzlich unberührt bleiben müssen. Der rechtliche Vorgang ist aber im wesentlichen der nämliche. Derjenige, welcher sein Recht zurücktreten läßt, begibt sich der mit demselben verbundenen Macht, die nachstehenden Rechte zu verdrängen, in Ansehung der Zwischenrechte und des vortretenden Rechtes zu Gunsten des letzteren, so zwar, daß ihm die Verdrängungsmacht nur in dem Umfange verbleibt, in welchem sie auch an der bisherigen Stelle des vortretenden Rechtes ausgeübt werden kann (vgl. Jacubezky S. 221).

In dem P. II Bd. 3 S. 95 ff. ist die Rangänderung wiederholt als „Rangabtretung" bezeichnet worden. Hieraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß sie die juristische Natur der „Übertragung" hätte. Es findet kein Wechsel in der Person der Berechtigten statt, sondern nur eine Änderung des Verhältnisses der Rechte unter einander. Weit eher läßt sich die Rangänderung mit der Pfandbestellung vergleichen. Jedenfalls ist sie eine Belastung des zurücktretenden Rechtes zu Gunsten des vortretenden (a. M. Biermann S. 59 Erl. 3, Fuchs S. 99, welche die Rangänderung als einen resolutiv bedingten Austausch des Ranganspruchs, als eine auflösend bedingte gegenseitige Rangabtretung charakterisieren). Eine praktische Folgerung aus dieser Auffassung besteht darin, daß zur Beseitigung einer eingetragenen Rangänderung nicht eine neue Rangänderung, sondern nur die Aufhebung der alten nach näherer Bestimmung der §§ 875 f. erforderlich ist (vgl. GBO. § 27 Abs. 1 Satz 1 § 47).

2. Den **Gegenstand der Rangänderung** bilden nicht nur Hypotheken und Grundschulden, sondern auch die übrigen begrenzten Rechte. Besondere Vorschriften sind indessen für diese Fälle nicht gegeben. Es können daher, wenn Zwischenrechte vorhanden sind, mancherlei Zweifel entstehen. Da die Zwischenrechte nach Abs. 5 durch die Rangänderung nicht berührt werden, so versteht es sich von selbst, daß ihnen gegenüber die Änderung nur insoweit wirksam sein kann, als nicht das Grundstück durch das vortretende Recht schwerer belastet ist als durch das zurücktretende. Handelt es sich lediglich um Hypotheken und Grundschulden, so ist der Umfang der Belastung leicht zu erkennen, da das Kapital, für welches das Grundstück haftet, aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Lautet z. B. die vorstehende Post über 1000 Mark, die nachstehende über 2000 Mark, so kann die letztere aus Rücksicht auf die Zwischenrechte nur für die Hälfte ihres Betrags den Rang der ersteren erwerben; für die andere Hälfte verbleibt ihr die Stelle hinter den Zwischenrechten, wenn auch mit dem Vorzuge vor der zurücktretenden Post. Sind diese Folgerungen für die Hypothek und die Grundschuld richtig, so müssen sie nach § 880 grundsätzlich auch dann gezogen werden, wenn der Rang eines anderen Rechtes geändert wird. Ist das Recht mit dem Betrage seines Wertes nach § 882 eingetragen, so erscheint es nicht bedenklich, den eingetragenen Betrag gleichwie bei der Rentenschuld die in Gemäßheit des

§ 1199 Abs. 2 eingetragene Ablösungssumme als den Umfang der Belastung des Grundstücks bestimmend anzusehen. Steht dagegen dieser Maßstab nicht zu Gebote, so bleibt es unentschieden, ob das Grundstück durch das vorgetretene Recht mehr belastet wird als durch das zurückgetretene, und demgemäß auch, ob und in welchem Maße die Zwischenrechte der beabsichtigten Wirkung der Rangänderung entgegenstehen. Die Entscheidung kann nur durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks herbeigeführt werden, und auch auf diesem Wege nur, wenn nicht ein Erlös erzielt wird, durch welchen die Zwischenrechte bei voller Berücksichtigung der Rangänderung gedeckt werden. Vgl. das ZVG. §§ 44ff., § 52 Abs. 1, §§ 62, 92.

Den Gegenstand der Rangänderung bilden auch Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines begrenzten dinglichen Rechtes, da sich der Rang dieses Rechtes nach § 883 Abs. 3 nach der Eintragung der Vormerkung bestimmt (RG. 22 S. A 311).

3. **Die Erfordernisse der Rangänderung** entsprechen dem dinglichen Charakter derselben. Vielleicht folgt schon aus § 877, daß Einigung und Eintragung unerläßlich sind, um das aus dem Grundbuch ersichtliche Rangverhältnis durch ein anderes zu ersetzen. Jedenfalls stellt der § 880 diese Folgerung außer Zweifel. Im übrigen geben die Abs. 2 und 3 zu nachstehenden Bemerkungen Anlaß:

a) Das Gesetz verlangt die **Einigung** derjenigen, welchen die Rechte zustehen, deren Rang geändert werden soll. Die Gebundenheit an die Einigung (nicht an den dieser zugrunde liegenden obligatorischen Vertrag, RG. 48 S. 133, s. oben S. 85 Erl. III 2) bestimmt sich in Ansehung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten nach § 873 Abs. 2. Der Berechtigte im Sinne des § 878 ist der Zurücktretende (§ 873 Abs. 1). Weiter ist unmittelbar niemand an der Einigung beteiligt.

Wegen des Erfordernisses der Einigung ist eine Rangänderung zwischen zwei Rechten desselben Berechtigten und zwischen mehreren Teilen eines Rechtes nicht möglich; der zur Rangänderung erforderliche dingliche Vertrag kann frühestens gleichzeitig mit dem Übergange des einen Rechtes oder des einen Teiles auf einen anderen geschlossen werden (anders die frühere Aufl., RJA. 2 S. 50, RG. 26 S. A 145, Turnau-Förster I S. 143 Erl. 1; vgl. dagegen RG. 47 S. 208).

b) Die Rangänderung enthält eine Abschwächung des Rechtes, welches zurücktreten soll. Wenn daher dieses Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, so bedarf sie der **Zustimmung des Dritten**. Der Fall liegt rechtlich ebenso wie der in § 876 geregelte Fall einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung des belasteten Rechtes. Deshalb ist er nach § 880 Abs. 2 den Vorschriften des § 876 unterworfen. Die Anwendung derselben hat hier kaum etwas Besonderes. Hervorzuheben ist nur der Satz, daß die Zustimmung, wenn sie nicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt wird, demjenigen gegenüber zu erklären ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt; dies kann nicht bloß der vortretende, sondern auch der zurücktretende Berechtigte, unter Umständen auch der Eigentümer des Grundstücks sein.

c) Ist das Recht, welches zurücktreten soll, eine Hypothek (§ 1113) oder eine Grundschuld (§§ 1191f.), so greift die Rangänderung in den Rechtskreis des Eigentümers ein, weil sie dessen Recht für die Fälle beeinträchtigt, in welchen nach näherer Bestimmung der §§ 1143, 1163f., 1168, 1170ff., 1192, 1200 die Hypothek oder die Grundschuld auf den Eigentümer übergeht; sie kann daher nur mit **Zustimmung des Eigentümers** erfolgen (vgl. § 1183). Der § 880 spricht dies im Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich aus.

Die Zustimmung ist nach § 1151 (§§ 1192, 1200) entbehrlich, wenn bei oder nach einer Teilung der Post das Rangverhältnis der Teile geändert wird. Es bedarf ihrer auch nur zu einer rechtsgeschäftlichen Änderung des Rangverhältnisses, dagegen nicht zu einer Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) in Ansehung desselben (Bad. RP. 1903 S. 62), ferner nicht zu der Eintragung eines Vorrangs auf Grund der §§ 128, 130f. des ZVG. und nach der Ansicht des OLG. Dresden (Rspr. 6 S. 258) auch nicht, wenn auf Grund einer Anfechtungsklage die Unwirksamkeit eines Rechtes gegenüber der eingetragenen vollstreckbaren Forderung des Anfechtungsgläubigers und infolgedessen der Vorrang der letzteren vor jenem ausgesprochen ist. Auf nicht rechtsgeschäftliche Änderungen des Rangverhältnisses findet der § 880 überhaupt keine Anwendung. Schließlich ist bei der Erweiterung des Inhalts einer Hypothek nicht etwa neben der zu der Einigung gemäß §§ 877, 873 erforderlichen Erklärung des Eigentümers dessen Zustimmung zu der infolge der Erweiterung eintretenden Rangverschlechterung der gleich- oder nachstehenden Hypotheken erforderlich (RG. 26 S. A 140).

Im übrigen hat die Zustimmung des Eigentümers die rechtliche Natur der unter b behandelten Zustimmung des Dritten; die Vorschriften des Abs. 2 Satz 3 tragen nur der besonderen Sachlage Rechnung.

Die Zustimmung des mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldners der durch die Hypothek gesicherten Forderung, auf den die Hypothek unter Umständen ebenfalls übergeht (§§ 1164, 1174), ist nicht erforderlich; sein Interesse wird durch die Vorschrift des § 1165 gewahrt.

d) **Zwischenrechte sind ohne Einfluß auf die Erfordernisse der Rangänderung.** Es bedarf namentlich keiner Feststellung, ob und inwieweit sie die Wirkung der Rangänderung hemmen (Erl. 2). Soll auch ein Zwischenrecht, entgegen der Vorschrift des Abs. 5, am Range einbüßen, so ist hierzu die bloße Zustimmung des Berechtigten nicht genügend, sondern eine besondere Rangänderung nach Maßgabe der Abs. 2, 3 erforderlich.

e) Die **Eintragung** hat für die Rangänderung die nämliche Bedeutung wie für jede andere Rechtsänderung, die nach § 873 Abs. 1 von einer Einigung der Beteiligten abhängt.

Das Grundbuchamt hat die Änderung einzutragen, wenn die Eintragung von demjenigen, dessen Recht zurücktreten soll, bewilligt und in den Fällen des § 880 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 die Zustimmung des Eigentümers bezw. des Dritten vorliegt (GBO. §§ 19, 29, 40); ist das Recht eine verbriefte Hypothek oder Grundschuld, so tritt als weitere Voraussetzung die Beibringung des Briefes hinzu (ebd. §§ 42, 62). Das Einverständnis desjenigen, dessen Recht vortreten soll, braucht dem Grundbuchamte nicht nachgewiesen zu werden (KG. 21 S. A 306). Das Kammergericht (a. a. O.) hält sogar die Eintragung der Rangänderung bei dem zurücktretenden Rechte vor der Eintragung des vortretenden Rechtes für zulässig; mit Rücksicht darauf, daß die Rangänderung zwei bestehende Rechte voraussetzt, erscheint es jedoch richtiger, die Eintragung frühestens gleichzeitig mit der Eintragung des zweiten Rechtes zuzulassen.

Die Eintragung erfolgt durch einen Vermerk, aus welchem sich ergibt, daß der Rang des vorstehenden Rechtes dem nachstehenden beigelegt bezw. in welchem Umfange das Rangverhältnis beider Rechte geändert ist. In den meisten Fällen wird der Vermerk hinreichen, daß dem einen Rechte vor dem anderen der Vorrang eingeräumt sei. In anderen Fällen aber, namentlich wenn die Rangänderung an Bedingungen ꝛc. geknüpft ist, muß das Verhältnis im Grundbuch erschöpfend vermerkt werden (vgl. Sächs. Arch. 13 S. 252); jedoch ist auch eine Ergänzung des Vermerkes durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig (s. S. 92 Erl. 3 zu § 874).

Besondere Bestimmungen sind weder in dem BGB. noch in der GBO. gegeben. In P. II Bd. 3 S. 99 wird behauptet, daß die Rangänderung nicht bloß bei dem zurücktretenden, sondern auch bei dem vortretenden Rechte eingetragen werde. Für die Richtigkeit dieser Behauptung läßt sich anführen, daß der Rang des zurücktretenden Rechtes auf das vortretende Recht übergeht, also auch dieses durch die Rangänderung eine Änderung erleidet sowie daß nach § 880 Abs. 4 die Löschung des zurücktretenden Rechtes die Wirkungen der Rangänderung nicht immer beseitigt, während diese Löschung regelmäßig den bei dem zurücktretenden Rechte eingetragenen Rangvermerk mit umfassen wird. Indessen trotz dieser Erwägungen wird man die mehrfache Eintragung nicht als ein wesentliches Erfordernis der Rangänderung bezeichnen dürfen, da sie weder in dem § 880 noch in dem § 873 vorgeschrieben und die Rangänderung nicht als eine Inhaltsänderung des vortretenden Rechtes, sondern als eine Belastung des zurücktretenden anzusehen ist (s. Erl. II 1). Demnach ist materiellrechtlich die Eintragung bei dem zurücktretenden Rechte erforderlich und genügend (s. auch Schröder in DJZ. 1903 S. 221; a. M. Fuchs S. 93 Erl. 3cc, Turnau-Förster I S. 144 Erl. 5, Biermann S. 58, Staudinger III S. 68 u. a.). Die mehrfache Eintragung ist aber empfehlenswert und formellrechtlich vielfach durch die auf Grund der GBO. § 1 Abs. 2 erlassenen Anordnungen der Landesjustizverwaltungen vorgeschrieben (z. B. in Preußen durch das der Allg. Verf. v. 20. Novbr. 1899 beigefügte Formular Abt. III lfd. Nr. 5 Spalte 7 und lfd. Nr. 7 Spalte 4).

4. **Die Wirkungen der Rangänderung** ergeben sich im allgemeinen aus den bisherigen Erörterungen. Zur Ergänzung mag noch bemerkt werden:

a) **Die Rangänderung wirkt** zu Gunsten des vorgetretenen Rechtes **dinglich** und zwar nicht allein gegen das zurückgetretene Recht, sondern auch gegen die Rechte derjenigen, deren Zustimmung nach Erl. 3b und c erforderlich und erteilt ist, sowie gegen die Rechte Dritter (mit Ausnahme der Zwischenberechtigten).

Erweist sich das zurückgetretene Recht als nicht bestehend, so ist die Rangänderung ohne Wirkung. Hiervon gilt auch auf Grund des Grundsatzes des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs keine Ausnahme (a. M. Fuchs S. 96 Erl. 7bb). Denn dieser erleidet durch § 880 Abs. 5 zu Gunsten der Zwischenrechte eine Einschränkung (s. Erl. 4b) und beim Fehlen von Zwischenrechten rückt das nachstehende Recht auch ohne Rangänderung in die Stelle des nicht bestehenden zurückgetretenen Rechtes ein.

Dagegen erstreckt sich die Aufhebung des zurückgetretenen Rechtes nicht auf den dem anderen Rechte eingeräumten Rang, sofern sie durch Rechtsgeschäft erfolgt (§ 880 Abs. 4). Erlischt dieses Recht auf andere Weise, z. B. ein auflösend bedingtes Recht mit dem Eintritte der Bedingung, der Nießbrauch oder der Altenteil mit dem Tode des Berechtigten, die Hypothek, für die noch ein anderes Grundstück haftet, mit der Befriedigung des Gläubigers aus diesem Grundstücke (§ 1181 Abs. 2, 3) oder durch dessen Eigentümer (§ 1173 Abs. 1), so erlischt zugleich die Rangänderung, aber nicht weil ihre dingliche Wirkung versagte, sondern weil das Recht selbst und folglich auch der ihm eigene Rang in seinem Bestande zeitlich beschränkt war, daher auch nur mit dieser Beschränkung Gegenstand einer Verfügung sein konnte. Nur wenn die Beschränkung weder aus dem Grundbuche zu ersehen noch dem vortretenden Berechtigten bekannt gewesen ist, behält dieser den seinem Rechte beigelegten Rang (§ 892).

Wird die Zwangsversteigerung des Grundstücks von einem Zwischenberechtigten betrieben, so wird bei der Feststellung des geringsten Gebots das vorgetretene Recht an der Stelle berücksichtigt, die vor der Rangänderung von dem zurückgetretenen Rechte eingenommen wurde (ZVG. § 44 Abs. 1, § 45 Abs. 1); es bleibt mit dem durch diese Stelle begründeten Range bestehen ohne Rücksicht darauf, daß das zurückgetretene Recht durch den Zuschlag erlischt (ZVG. § 52 Abs. 1, § 91 Abs. 1). Betreibt ein vorgehender Berechtigter oder der vorgetretene Berechtigte die Zwangsversteigerung und wird der letztere aus dem Versteigerungserlöse befriedigt, während der zurückgetretene Berechtigte ausfällt, so erlischt das Recht des ersteren und nicht etwa das des letzteren auf den mitbelasteten Grundstücken, da der erstere nicht das Recht des zurückgetretenen Berechtigten, sondern sein eigenes Recht ausübt (s. Erl. II 1; über das frühere Recht vgl. RG. 6 S. 308, 12 S. 204, 16 S. 249).

b) Die Rangänderung wirkt weder gegen noch für die Zwischenrechte (Abs. 5). Dieser Satz wird allerdings durch Abs. 4 eingeschränkt; bei einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung des zurücktretenden Rechtes hindert die Rangänderung das sonst stattfindende Vorrücken der Zwischenrechte. Hiervon abgesehen muß, wo ein Zwischenrecht in Frage kommt, die Sache so beurteilt werden, als wäre das Rangverhältnis nicht geändert worden. Insbesondere kann der vorgetretene Berechtigte stets nur zum Betrage des zurückgetretenen Rechtes, wenn dieser hinter dem seines Rechtes zurückbleiben sollte, den Vorrang vor den Zwischenrechten erhalten (s. S. 103 Erl. II 2); mit dem überschießenden Betrag ist er nach ihnen, aber vor dem zurückgetretenen Rechte bei einer Zwangsversteigerung zu berücksichtigen. Ist umgekehrt das vorgetretene Recht von geringerem Umfang als das zurückgetretene, so behält das letztere bezüglich der Differenz den Rang vor den Zwischenrechten. Wenn ferner das zurückgetretene Recht sich als nicht bestehend erweist, so kann seine Löschung von jedem Zwischenberechtigten beansprucht (§ 894) und der Anspruch nicht dadurch abgewendet werden, daß der nachstehende Berechtigte, um das ihm abgetretene Vorrecht zu behaupten, sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs beruft. Dies weicht freilich von dem Grundsatz ab, nach welchem in den Fällen der rechtsgeschäftlichen Übertragung und Belastung eines eingetragenen Rechtes der redliche Erwerber geschützt sein soll (§ 892). Die Abweichung dürfte aber nach § 880 Abs. 5 als gewollt anzusehen sein. In dem umgekehrten Falle, wenn nämlich das vorgetretene Recht nicht besteht und folglich auch die Rangänderung wirkungslos ist, verbleibt dem zurückgetretenen Rechte der Rang vor den Zwischenrechten. Ebenso tritt dieses Recht wieder an seine alte Stelle, wenn das vorgetretene Recht erlischt. Ein Vorrücken der Zwischenrechte ist in beiden Fällen durch den Abs. 5 ausgeschlossen.

Bei der Zwangsversteigerung kommt es vor allem darauf an, welche Stelle der Anspruch des betreibenden Gläubigers in der Rangordnung einnimmt. Gehen die Rechte, deren Rang geändert ist, dem Anspruche vor, so werden sie bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt und demnach gegen jede Benachteiligung gesichert (ZVG. §§ 44ff., § 77); dieser Fall scheidet hier aus. Für die übrigen Fälle ergibt die Anwendung des § 880 Abs. 5 bei der Zwangsversteigerung im allgemeinen folgendes (vgl. Fuchs S. 97f. Erl. 9; Jäckel, ZVG. S. 167ff.):

§. 881. Der Eigenthümer kann sich bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte die Befugniß vorbehalten, ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Recht mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen.

Der Vorbehalt bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Eintragung muß bei dem Rechte erfolgen, das zurücktreten soll.

Wird das Grundstück veräußert, so geht die vorbehaltene Befugniß auf den Erwerber über.

Ist das Grundstück vor der Eintragung des Rechtes, dem der Vorrang beigelegt ist, mit einem Rechte ohne einen entsprechenden Vorbehalt belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht in Folge der inzwischen eingetretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde.

α) Hat der Anspruch des betreibenden Gläubigers den Rang vor den Rechten, deren Rang geändert ist, so kann, wenn die Zwischenrechte bei Berücksichtigung der Rangänderung durch das Meistgebot nicht vollständig gedeckt sind, zur Befriedigung des vorgetretenen Berechtigten an der früheren Stelle des zurückgetretenen aus dem Versteigerungserlöse nicht mehr verwendet werden als der Betrag, den der zurückgetretene Berechtigte erhalten haben würde, wenn die Rangänderung nicht stattgefunden hätte.

Verlangt bei Feststellung der Versteigerungsbedingungen der vorgetretene Berechtigte, daß das Fortbestehen seines Rechtes bestimmt werde, so finden zum Schutze der Zwischenrechte, die hierdurch beeinträchtigt werden würden, die Vorschriften des ZVG. § 59 Anwendung.

β) Wird die Zwangsversteigerung von dem vorgetretenen Berechtigten betrieben, so sind bei der Feststellung des geringsten Gebots auch die Zwischenrechte zu berücksichtigen, soweit nicht derjenige, welchem ein solches Recht zusteht, mit dessen Nichtberücksichtigung sich einverstanden erklärt (a. M. Jäckel a. a. O.). Vgl. ZVG. § 44 Abs. 1, § 45 Abs. 1, § 59.

γ) Ist der betreibende Gläubiger ein Zwischenberechtigter, so ist das vorgetretene Recht in dem geringsten Gebote nur in Höhe des Betrags zu berücksichtigen, der ohne die Rangänderung für das zurückgetretene Recht einzustellen wäre. Erscheint dies nicht ausführbar, weil eines der beiden Rechte sich nicht in einem Geldanspruche darstellt, so muß das Grundstück doppelt, mit und ohne Rücksicht auf die Rangänderung, ausgeboten und dann die Versteigerung mit der Bedingung, bei welcher das günstigere Ergebnis erzielt wird, durchgeführt werden (ZVG. § 59).

δ) Entsprechend ist zu verfahren, wenn der zurückgetretene Berechtigte der betreibende Gläubiger ist (abw. Biermann S. 59 Erl. 2; s. auch Rspr. 2 S. 509). Außer dem vorgetretenen Rechte sind in diesem Falle auch die Zwischenrechte in das geringste Gebot aufzunehmen, es sei denn, daß das zurückgetretene Recht größer ist als das vorgetretene und deshalb zum Teil den Rang vor den Zwischenposten behält.

Ein näheres Eingehen auf die Fragen, welche die Rangänderung bei der Zwangsversteigerung hervorrufen kann, ist Aufgabe einer Bearbeitung des ZVG.

e) **Wenn ein Recht gleichzeitig hinter mehrere andere Rechte zurücktritt,** erhalten die letzteren sämtlich den Rang jenes Rechtes, sie sind also gleichberechtigt und bei Unzulänglichkeit des Versteigerungserlöses anteilsmäßig zu befriedigen; soll eines von ihnen den Vorzug vor dem anderen haben, bedarf es einer neuen Rangänderung. Wird dagegen zunächst einem Rechte und dann erst einem zweiten der Vorrang vor demselben Rechte eingeräumt, so kann das später vortretende Recht die ihm eingeräumte Stelle erst nach dem ersteren geltend machen (RG. 20 S. A 181).

§ 881.

E. I § 842; II § 802 rev. § 866; III § 865. P. I S. 5133, 5149 ff.; M. III S. 233 f. P. II Bd. 3 S. 99 ff. D. S. 659.

Serini, Rangvorbehalt und Zwischenhypothek 1900.

1. **Gründe für die Zulassung des Rangvorbehalts.** Der § 881 gestattet dem Eigentümer, bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte sich die Befugnis vorzubehalten, ein anderes Recht mit dem Range vor dem ersteren eintragen zu lassen. Ein solcher Rangvorbehalt steht

das Recht als mit seiner Eintragung entstanden gelten und folglich auch den Rang behaupten, den ihm die Eintragung beilegt.

Diese Auffassung entspricht der überwiegenden Mehrzahl der bisherigen Landesgesetze (s. M. III S. 226). Während indessen einige die zeitliche Folge der Eintragungen als das Rangverhältnis bestimmend ansehen, lassen die meisten die räumliche Ordnung auf dem Blatte des Grundbuchs, d. h. die Reihenfolge der Eintragungen, soweit diese in der nämlichen Abteilung des Blattes bewirkt werden, statt der Zeitfolge entscheiden. Das BGB. konnte auf die Zeitfolge nicht abstellen, weil die Angabe der Zeit einer Eintragung im Grundbuche nicht wesentlich ist (GBO. § 45), mithin auch solche Eintragungen berücksichtigt werden müssen, denen die Zeitangabe mangelt. Praktisch ist es übrigens nur von geringem Belang, ob das Rangverhältnis durch die Reihenfolge oder durch die Zeitfolge begründet wird. Denn da jedes Recht an der zunächst offenen Stelle einzutragen, ein Zwischenraum aber, der Platz für eine neue Eintragung gewährte, nicht gestattet ist, so muß eine Eintragung, die räumlich nach einer anderen und vor einer dritten steht, auch zeitlich nach jener und vor dieser bewirkt worden sein. Soll die Reihenfolge nicht entscheiden, so bedarf es nach § 879 Abs. 3 der besonderen Eintragung des Rangverhältnisses, welches unter den nach einander eingetragenen Rechten bestehen soll (GBO. § 46 Abs. 3).

Die ältere preußische Praxis ließ die Reihenfolge dann nicht maßgebend sein, wenn mehrere Rechte unter derselben Nummer mit demselben Datum eingetragen waren; in diesem Falle sollten die Rechte gleichen Rang haben. Nach dem BGB. findet dies nur statt, wenn die Abweichung im Grundbuche vermerkt ist; in der Eintragung unter derselben Ziffer ist ein genügender Vermerk im Sinne des § 879 Abs. 3 nicht zu finden (a. M. Dernburg III § 216 Nr. 3; s. auch RG. 20 S. A 101, wo die Eintragung mehrerer Hypotheken unter derselben Nummer als unzulässig bezeichnet wird).

2. **Sind die Rechte in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchs eingetragen** (oben S. 73 Vorbm. III 3), so läßt das Prinzip des § 879 Abs. 1 Satz 1 in Stich (S. 76 Vorbem. V 5). Es muß nunmehr auf die Zeitfolge zurückgegriffen werden, aber nicht in dem Sinne, daß die zeitliche Priorität der einen Eintragung vor der anderen zu beweisen wäre. Von dem Standpunkte, der in Erl. 1 gekennzeichnet ist, kann nur die **Eintragung selbst, d. h. ihre eigene Zeitangabe** darüber entscheiden, wann sie bewirkt worden ist. Nach der GBO. § 45 soll aber jede Eintragung den Tag, an welchem sie erfolgt ist, d. i. das Datum der Einschreibung des Eintragungsvermerkes angeben (Achilles-Strecker S. 279 Erl. 2b, Recht 1900 S. 279f., 1901 S. 458). Der zweite Satz des § 879 legt deshalb dem früher datierten Rechte den Vorrang bei. Sind die Rechte verschiedener Abteilungen mit gleichem Datum eingetragen, so fehlt das den Vorzug bedingende Merkmal; die Rechte haben daher, wie das Gesetz besonders hervorhebt, gleichen Rang.

Ist in einer Abteilung ein Recht ohne Datum eingetragen, so soll es nach Strecker S. 78 (anders Achilles-Strecker S. 280 Erl. 2c) allen Rechten nachstehen, die in einer anderen Abteilung mit Angabe des Datums eingetragen sind. Dies dürfte jedoch nur dann richtig sein, wenn die nicht datierte Eintragung die letzte in der Reihenfolge ihrer Abteilung ist. Andernfalls hat die nicht datierte Eintragung nach § 879 Abs. 1 Satz 1 den Rang vor der ihr räumlich folgenden Eintragung und hiermit zugleich vor denjenigen Eintragungen einer anderen Abteilung, welchen diese Eintragung vorgeht.

3. Der Rang eines Rechtes bestimmt sich auch dann nach der Eintragung, wenn dasselbe von einer **Bedingung** oder **Befristung** abhängt. Dies folgt einerseits daraus, daß derjenige, welcher ein solches Recht bestellt, mit der Bestellung nach § 161 Abs. 1 dinglich gebunden wird, andererseits aus der analogen Anwendung des § 879 Abs. 2, da diese Vorschrift auf dem auch in § 900 Abs. 2 Satz 2 zum Ausdrucke gekommenen Grundsatze beruht, daß die Eintragung für den Rang eines Rechtes ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entstehung desselben den Ausschlag gibt. In dem ZVG. §§ 48, 50f., 119f. werden die praktischen Konsequenzen des Grundsatzes gezogen.

Ein Recht, zu dessen Schutze ein **Widerspruch** eingetragen wird (§ 899), erlangt hierdurch für den Fall seiner Feststellung absolute Wirkung gegen die in der Zwischenzeit entstehenden Rechte (§ 892 Abs. 1); es geht diesen Rechten vor (vgl. § 902 Abs. 2; ZVG. § 48). Den voreingetragenen Rechten steht es im Range nach, soweit nicht dadurch, daß einer der Berechtigten sich nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann (§ 892), ein anderes Rangverhältnis begründet wird (vgl. Erl. 5d zu § 899). Mit der **Beschränkung des Eigentümers**

in der **Verfügung** über das Grundstück steht es, wenn die Beschränkung eingetragen ist, in Ansehung des Ranges wesentlich ebenso wie mit dem Widerspruche.

Der **Einfluß** einer **Vormerkung** auf den Rang des durch dieselbe gesicherten Rechtes wird in dem § 883 Abs. 3 besonders bestimmt. Eine Sonderbestimmung gilt ferner im Hypothekenrechte nach § 1131 Satz 2 für den Fall, daß ein mit einem Rechte belastetes Grundstück einem anderen Grundstück, an dem eine Hypothek besteht, zugeschrieben worden ist. Wegen der **Meliorationsdarlehne** siehe EG. Art. 118.

4. Der § 879 setzt eine **Ordnung des Verfahrens** voraus, bei welcher, wenn mehrere Rechte einzutragen sind, die Eintragungen nach der Reihe bewirkt werden, d. h. in derjenigen Folgeordnung, welche von den Beteiligten bestimmt ist, beim Mangel einer solchen Bestimmung aber der Zeitfolge entspricht, in der die Anträge bei dem Grundbuchamte gestellt worden sind. Die erforderlichen Vorschriften sind in der GBO. §§ 17f., 46 enthalten.

a) Die Bestimmung des Rangverhältnisses durch die Beteiligten kommt (im Hinblick auf § 880) an dieser Stelle nur insoweit in Betracht, als sie bei der Bestellung der Rechte erfolgt. Zu ihrer Gültigkeit ist die Einigung des Eigentümers mit den Erwerbern der Rechte über die Abweichung von dem gesetzlichen Rangverhältnis und die Eintragung der Abweichung in das Grundbuch erforderlich (§ 873 Abs. 1, § 879 Abs. 3). Dem Grundbuchamte braucht jedoch die Einigung nicht nachgewiesen zu werden; die Behörde hat das abweichende Rangverhältnis einzutragen, wenn die formellen Voraussetzungen der Eintragung vorliegen (vgl. GBO. §§ 13ff., §§ 29f., § 46 Abs. 3).

Wird ein anderes als das durch die Einigung der Beteiligten bestimmte Rangverhältnis eingetragen, so wird das Grundbuch infolge der Nichtübereinstimmung des Inhalts der Einigung mit dem der Eintragung unrichtig und der Anspruch des Verletzten auf Berichtigung des Buches nach § 894 begründet (Kretzschmar im CBl. f. FG. 2 S. 718; a. M. Biermann S. 55 Erl. 2).

b) Haben die Beteiligten das Rangverhältnis nicht bestimmt, so sind die Rechte in Gemäßheit der GBO. § 46 Abs. 1, 2 so einzutragen, daß ein Recht, dessen Eintragung früher beantragt ist als die eines anderen, den Rang vor diesem erhält und daß Rechte, deren Eintragung gleichzeitig beantragt ist (s. Rspr. 6 S. 202), gleichen Rang erlangen. Weicht der Grundbuchbeamte vorsätzlich oder fahrlässig hiervon ab, so hat nach § 12 a. a. O. der Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht, dem Beschädigten Ersatz des Schadens zu leisten.

Die Abweichung macht das Grundbuch nicht unrichtig (s. CBl. f. FG. 2 S. 713ff.). Denn die Vorschriften des § 46 Abs. 1, 2 sind nur Ordnungsvorschriften, von deren Befolgung die Bestimmung des Rangverhältnisses nach dem BGB. § 879 Abs. 1 nicht abhängig ist. Auch im Wege der Beschwerde kann eine gesetzwidrige Eintragung nicht beseitigt werden (GBO. § 71 Abs. 2). Ein persönlicher Anspruch auf Änderung des Rangverhältnisses ist freilich nicht ausgeschlossen; er kann namentlich aus einer ungerechtfertigten Bereicherung oder aus einer unerlaubten Handlung desjenigen hergeleitet werden, dessen Recht infolge des vorschriftswidrigen Verfahrens den besseren Rang erhalten hat. Aus der bloßen Tatsache aber, daß das Recht des Verletzten nicht mit dem nach der GBO. § 46 Abs. 1 oder Abs. 2 ihm gebührenden Range eingetragen ist, folgt noch nicht eine Bereicherung des Begünstigten auf Kosten des Verletzten (BGB. § 812), und eine unerlaubte Handlung des Begünstigten liegt nicht schon dann vor, wenn demselben bei der Stellung des Eintragungsantrags bekannt gewesen ist, daß der Verletzte die Eintragung seines Rechtes bereits vorher beantragt hatte (Rspr. 6 S. 261). Näheres über die Frage im P. II Bd. 3 S. 89ff.

5. Das Rangverhältnis der Rechte an einem das Grundstück belastenden Rechte ist im BGB. nicht ausdrücklich geregelt. In analoger Anwendung der Vorschriften des § 879 ist auch für die Rangordnung dieser Rechte grundsätzlich die Reihenfolge der Eintragungen und nur, wo dieses Prinzip wegen der Einrichtung des Grundbuchs im Stiche lassen sollte (s. Erl. 1, 2), das Datum der Eintragungen als entscheidend anzusehen (vgl. Turnau-Förster I S. 137 Erl. II 1a, Biermann S. 56 Erl. 6 und Widerspruch und Vormerkung S. 158f.; a. M. Fuchs S. 91 Erl. 8, der den Zeitpunkt des Entstehens der Rechte für maßgebend erklärt).

6. Der Rang nicht eingetragener Rechte bestimmt sich, wenn es zu ihrer Begründung der Eintragung nicht bedarf, nach der Zeit ihrer Entstehung (S. 9); zu Unrecht gelöschte Rechte behalten den Rang, der ihnen nach der Stelle ihrer Eintragung oder dem Inhalte des Eintragungsvermerkes zukam.

§. 880. Das Rangverhältniß kann nachträglich geändert werden.

Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten und die Eintragung der Aenderung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des §. 873 Abs. 2 und des §. 878 finden Anwendung. Soll eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld zurücktreten, so ist außerdem die Zustimmung des Eigenthümers erforderlich. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder einem der Betheiligten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich.

Ist das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des §. 876 entsprechende Anwendung.

Der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird.

Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt.

Die Regel hat indessen Ausnahmen. Die praktisch wichtigsten ergeben sich aus dem ZVG. §§ 10—12. Nach dem BGB. § 914 Abs. 1 Satz 1 und § 917 Abs. 2 Satz 2 geht die Rente, welche für die Duldung eines Überbaues oder eines Notwegs von dem Eigentümer eines Grundstücks zu entrichten ist, allen übrigen Rechten an dem Grundstücke vor. Eine allgemeine Ausnahme wird durch § 892 begründet; hatte nämlich der Erwerber eines Rechtes beim Erwerbe bezw. bei der Stellung des Eintragungsantrags keine Kenntnis von einem nichteingetragenen Rechte, so verliert dieses Recht den Vorrang.

7. Für die Übergangszeit sind die Vorschriften des EG. Art. 184, 187—189 maßgebend.

§ 880.

E. I § 841; II § 801 rev. § 865; III § 864. P. I S. 5127 ff., 5141 ff.; M. III S. 228 ff. P. II Bd. 3 S. 91 ff. D. S. 658 f.

I. Zweck und Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Der Rang eines Rechtes bezeichnet, rein logisch angesehen, nicht eine selbständige Befugnis des Berechtigten, über die beliebig verfügt werden könnte, sondern eine Folgerung aus der Dinglichkeit des Rechtes, die Wirkung desselben gegen weitere Belastungen des Grundstücks, die der Übertragung auf ein anderes Recht widerstrebt. Die Rücksicht auf den Realkredit des Eigentümers fordert aber dringend, den Beteiligten eine Änderung des bestehenden Rangverhältnisses zu gestatten. Ein Bedürfnis ist namentlich dann vorhanden, wenn eine Stiftung, eine Hypothekenbank oder eine sonstige Anstalt, die nach ihren Satzungen Grundstücke nur zur ersten Stelle beleihen darf, unter Erfüllung dieser Bedingung das Geld hergeben will oder wenn jemand, dem eine Hypothek oder eine Grundschuld an dem Grundstücke zusteht, dem Eigentümer kündigt oder mit Kündigung droht, weil er sich durch ein ihm vorgehendes Recht in seiner Sicherheit gefährdet glaubt.

Die Landesgesetzgebung ist dem Bedürfnisse durch Zulassung einer Vorrechtseinräumung (Prioritätsabtretung) auf dem Gebiete des Hypothekenrechts entgegengekommen (vgl. die Übersicht in den M. III S. 228). Die Regelung war jedoch, wenn man von dem sächs. Gesetzbuch absieht, mehr oder weniger unvollkommen, weil die Gesetze die Vorstellung, daß der Rang eines Rechtes auf ein anderes nicht übertragen werden könne, nicht vollständig aufgegeben haben, während die Absicht der Parteien bei der Prioritätseinräumung gewöhnlich darauf gerichtet ist, durch dieselbe den Rang der Rechte endgültig zu wechseln, d. h. mit dinglicher Wirkung zu ändern. Die Folge waren zahlreiche Streitfragen, welche dem Institute den Stempel der Unsicherheit aufdrückten.

Die erste Kommission fand das Rechtsverhältnis, welches durch die Vorrechtseinräumung begründet wurde, so unklar und wenig einfach, daß sie sich gegen die Aufnahme derselben in das BGB. erklärte. Eine rechtsgeschäftliche Änderung der Rangordnung wurde zwar vorgesehen. Aber während die Prioritätsabtretung durch eine Übereinkunft des vortretenden Gläubigers mit dem zurücktretenden vollzogen wurde und einer Eintragung meist nur zur Erlangung von Rechtswirkung gegen Dritte bedurfte, sollten fortan Vertrag und Eintragung zur Gültigkeit der

Änderung erforderlich und der Vertrag nicht bloß von den unmittelbar Beteiligten, sondern auch von dem Eigentümer des Grundstücks und den etwaigen Zwischenberechtigten geschlossen werden müssen (E. I § 841).

Die Kritik erklärte sich gegen diese Lösung; man hielt dieselbe für unpraktisch, weil der Eigentümer die Zustimmung der Zwischenberechtigten nur sehr selten und jedenfalls nur mit unverhältnismäßigen Opfern würde beschaffen können. Die zweite Kommission hat dieses Erfordernis aufgegeben, im übrigen aber die Vorrechtseinräumung, unter Ausdehnung auf alle begrenzten Rechte an Grundstücken, zu einer wirklichen Rangänderung erhoben. Ihren Beschlüssen ist weder der Bundesrat noch der Reichstag entgegengetreten.

II. Indem der § 880 Abs. 1 ausspricht, daß das Rangverhältnis nachträglich geändert werden kann, läßt er keinen Zweifel, daß es sich um eine positive Einrichtung handelt, welche der ausdrücklichen Anerkennung durch das Gesetz bedarf und nur, soweit diese Anerkennung reicht, sich zu betätigen vermag (vgl. S. 7 Ziff. 2).

1. Für die **rechtliche Natur der Rangänderung** ergibt sich aus Abs. 1, daß der Vorrang, welchen nach § 879 das eine Recht vor dem anderen hat, von jenem gelöst und diesem beigelegt wird. Die für das preußische Recht vertretene Auffassung, daß durch die Vorrechtseinräumung nur obligatorische Rechte und Pflichten begründet werden, verliert somit dem BGB. gegenüber die Berechtigung. Durch die Rangänderung wird für die Beteiligten derjenige Zustand hergestellt, welcher von vornherein bestanden haben würde, wenn das vortretende Recht an der Stelle, welche das zurücktretende Recht im Grundbuch einnimmt, und das zurücktretende an der Stelle des vortretenden Rechtes eingetragen worden wäre. Steht dieses Recht unmittelbar hinter jenem eingetragen, so vollzieht sich ein Stellentausch, der keine Schwierigkeiten macht. Werden dagegen beide Rechte durch ein oder mehrere Rechte Dritter im Grundbuche getrennt, so kompliziert sich das Verhältnis dadurch, daß die Zwischenrechte grundsätzlich unberührt bleiben müssen. Der rechtliche Vorgang ist aber im wesentlichen der nämliche. Derjenige, welcher sein Recht zurücktreten läßt, begibt sich der mit demselben verbundenen Macht, die nachstehenden Rechte zu verdrängen, in Ansehung der Zwischenrechte und des vortretenden Rechtes zu Gunsten des letzteren, so zwar, daß ihm die Verdrängungsmacht nur in dem Umfange verbleibt, in welchem sie auch an der bisherigen Stelle des vortretenden Rechtes ausgeübt werden kann (vgl. Jacubezky S. 221).

In dem P. II Bd. 3 S. 95 ff. ist die Rangänderung wiederholt als „Rangabtretung" bezeichnet worden. Hieraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß sie die juristische Natur der „Übertragung" hätte. Es findet kein Wechsel in der Person der Berechtigten statt, sondern nur eine Änderung des Verhältnisses der Rechte unter einander. Weit eher läßt sich die Rangänderung mit der Pfandbestellung vergleichen. Jedenfalls ist sie eine Belastung des zurücktretenden Rechtes zu Gunsten des vortretenden (a. M. Biermann S. 59 Erl. 3, Fuchs S. 99, welche die Rangänderung als einen resolutiv bedingten Austausch des Ranganspruchs, als eine auflösend bedingte gegenseitige Rangabtretung charakterisieren). Eine praktische Folgerung aus dieser Auffassung besteht darin, daß zur Beseitigung einer eingetragenen Rangänderung nicht eine neue Rangänderung, sondern nur die Aufhebung der alten nach näherer Bestimmung der §§ 875 f. erforderlich ist (vgl. GBO. § 27 Abs. 1 Satz 1 § 47).

2. Den **Gegenstand der Rangänderung** bilden nicht nur Hypotheken und Grundschulden, sondern auch die übrigen begrenzten Rechte. Besondere Vorschriften sind indessen für diese Fälle nicht gegeben. Es können daher, wenn Zwischenrechte vorhanden sind, mancherlei Zweifel entstehen. Da die Zwischenrechte nach Abs. 5 durch die Rangänderung nicht berührt werden, so versteht es sich von selbst, daß ihnen gegenüber die Änderung nur insoweit wirksam sein kann, als nicht das Grundstück durch das vortretende Recht schwerer belastet ist als durch das zurücktretende. Handelt es sich lediglich um Hypotheken und Grundschulden, so ist der Umfang der Belastung leicht zu erkennen, da das Kapital, für welches das Grundstück haftet, aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Lautet z. B. die vorstehende Post über 1000 Mark, die nachstehende über 2000 Mark, so kann die letztere aus Rücksicht auf die Zwischenrechte nur für die Hälfte ihres Betrags den Rang der ersteren erwerben; für die andere Hälfte verbleibt ihr die Stelle hinter den Zwischenrechten, wenn auch mit dem Vorzuge vor der zurücktretenden Post. Sind diese Folgerungen für die Hypothek und die Grundschuld richtig, so müssen sie nach § 880 grundsätzlich auch dann gezogen werden, wenn der Rang eines anderen Rechtes geändert wird. Ist das Recht mit dem Betrage seines Wertes nach § 882 eingetragen, so erscheint es nicht bedenklich, den eingetragenen Betrag gleichwie bei der Rentenschuld die in Gemäßheit des

§ 1199 Abs. 2 eingetragene Ablösungssumme als den Umfang der Belastung des Grundstücks bestimmend anzusehen. Steht dagegen dieser Maßstab nicht zu Gebote, so bleibt es unentschieden, ob das Grundstück durch das vorgetretene Recht mehr belastet wird als durch das zurückgetretene, und demgemäß auch, ob und in welchem Maße die Zwischenrechte der beabsichtigten Wirkung der Rangänderung entgegenstehen. Die Entscheidung kann nur durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks herbeigeführt werden, und auch auf diesem Wege nur, wenn nicht ein Erlös erzielt wird, durch welchen die Zwischenrechte bei voller Berücksichtigung der Rangänderung gedeckt werden. Vgl. das ZVG. §§ 44ff., § 52 Abs. 1, §§ 62, 92.

Den Gegenstand der Rangänderung bilden auch Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines begrenzten dinglichen Rechtes, da sich der Rang dieses Rechtes nach § 883 Abs. 3 nach der Eintragung der Vormerkung bestimmt (RG. 22 S. A 311).

3. **Die Erfordernisse der Rangänderung** entsprechen dem dinglichen Charakter derselben. Vielleicht folgt schon aus § 877, daß Einigung und Eintragung unerläßlich sind, um das aus dem Grundbuch ersichtliche Rangverhältnis durch ein anderes zu ersetzen. Jedenfalls stellt der § 880 diese Folgerung außer Zweifel. Im übrigen geben die Abs. 2 und 3 zu nachstehenden Bemerkungen Anlaß:

a) Das Gesetz verlangt die **Einigung** derjenigen, welchen die Rechte zustehen, deren Rang geändert werden soll. Die Gebundenheit an die Einigung (nicht an den dieser zugrunde liegenden obligatorischen Vertrag, RG. 48 S. 133, s. oben S. 85 Erl. III 2) bestimmt sich in Ansehung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten nach § 873 Abs. 2. Der Berechtigte im Sinne des § 878 ist der Zurücktretende (§ 873 Abs. 1). Weiter ist unmittelbar niemand an der Einigung beteiligt.

Wegen des Erfordernisses der Einigung ist eine Rangänderung zwischen zwei Rechten desselben Berechtigten und zwischen mehreren Teilen eines Rechtes nicht möglich; der zur Rangänderung erforderliche dingliche Vertrag kann frühestens gleichzeitig mit dem Übergange des einen Rechtes oder des einen Teiles auf einen anderen geschlossen werden (anders die frühere Aufl., RJA. 2 S. 50, RG. 26 S. A 145, Turnau-Förster I S. 143 Erl. 1; vgl. dagegen RG. 47 S. 208).

b) Die Rangänderung enthält eine Abschwächung des Rechtes, welches zurücktreten soll. Wenn daher dieses Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, so bedarf sie der **Zustimmung des Dritten.** Der Fall liegt rechtlich ebenso wie der in § 876 geregelte Fall einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung des belasteten Rechtes. Deshalb ist er nach § 880 Abs. 2 den Vorschriften des § 876 unterworfen. Die Anwendung derselben hat hier kaum etwas Besonderes. Hervorzuheben ist nur der Satz, daß die Zustimmung, wenn sie nicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt wird, demjenigen gegenüber zu erklären ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt; dies kann nicht bloß der vortretende, sondern auch der zurücktretende Berechtigte, unter Umständen auch der Eigentümer des Grundstücks sein.

c) Ist das Recht, welches zurücktreten soll, eine Hypothek (§ 1113) oder eine Grundschuld (§§ 1191f.), so greift die Rangänderung in den Rechtskreis des Eigentümers ein, weil sie dessen Recht für die Fälle beeinträchtigt, in welchen nach näherer Bestimmung der §§ 1143, 1163f., 1168, 1170ff., 1192, 1200 die Hypothek oder die Grundschuld auf den Eigentümer übergeht; sie kann daher nur mit **Zustimmung des Eigentümers** erfolgen (vgl. § 1183). Der § 880 spricht dies im Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich aus.

Die Zustimmung ist nach § 1151 (§§ 1192, 1200) entbehrlich, wenn bei oder nach einer Teilung der Post das Rangverhältnis der Teile geändert wird. Es bedarf ihrer auch nur zu einer rechtsgeschäftlichen Änderung des Rangverhältnisses, dagegen nicht zu einer Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) in Ansehung desselben (Bad. RP. 1903 S. 62), ferner nicht zu der Eintragung eines Vorrangs auf Grund der §§ 128, 130f. des ZVG. und nach der Ansicht des OLG. Dresden (Rspr. 6 S. 258) auch nicht, wenn auf Grund einer Anfechtungsklage die Unwirksamkeit eines Rechtes gegenüber der eingetragenen vollstreckbaren Forderung des Anfechtungsgläubigers und infolgedessen der Vorrang der letzteren vor jenem ausgesprochen ist. Auf nicht rechtsgeschäftliche Änderungen des Rangverhältnisses findet der § 880 überhaupt keine Anwendung. Schließlich ist bei der Erweiterung des Inhalts einer Hypothek nicht etwa neben der zu der Einigung gemäß §§ 877, 873 erforderlichen Erklärung des Eigentümers dessen Zustimmung zu der infolge der Erweiterung eintretenden Rangverschlechterung der gleich- oder nachstehenden Hypotheken erforderlich (RG. 26 S. A 140).

Im übrigen hat die Zustimmung des Eigentümers die rechtliche Natur der unter b behandelten Zustimmung des Dritten; die Vorschriften des Abs. 2 Satz 3 tragen nur der besonderen Sachlage Rechnung.

Die Zustimmung des mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldners der durch die Hypothek gesicherten Forderung, auf den die Hypothek unter Umständen ebenfalls übergeht (§§ 1164, 1174), ist nicht erforderlich; sein Interesse wird durch die Vorschrift des § 1165 gewahrt.

d) **Zwischenrechte sind ohne Einfluß auf die Erfordernisse der Rangänderung.** Es bedarf namentlich keiner Feststellung, ob und inwieweit sie die Wirkung der Rangänderung hemmen (Erl. 2). Soll auch ein Zwischenrecht, entgegen der Vorschrift des Abs. 5, am Range einbüßen, so ist hierzu die bloße Zustimmung des Berechtigten nicht genügend, sondern eine besondere Rangänderung nach Maßgabe der Abs. 2, 3 erforderlich.

e) Die **Eintragung** hat für die Rangänderung die nämliche Bedeutung wie für jede andere Rechtsänderung, die nach § 873 Abs. 1 von einer Einigung der Beteiligten abhängt.

Das Grundbuchamt hat die Änderung einzutragen, wenn die Eintragung von demjenigen, dessen Recht zurücktreten soll, bewilligt und in den Fällen des § 880 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 die Zustimmung des Eigentümers bezw. des Dritten vorliegt (GBO. §§ 19, 29, 40); ist das Recht eine verbriefte Hypothek oder Grundschuld, so tritt als weitere Voraussetzung die Beibringung des Briefes hinzu (ebd. §§ 42, 62). Das Einverständnis desjenigen, dessen Recht vortreten soll, braucht dem Grundbuchamte nicht nachgewiesen zu werden (KG. 21 S. A 306). Das Kammergericht (a. a. O.) hält sogar die Eintragung der Rangänderung bei dem zurücktretenden Rechte vor der Eintragung des vortretenden Rechtes für zulässig; mit Rücksicht darauf, daß die Rangänderung zwei bestehende Rechte voraussetzt, erscheint es jedoch richtiger, die Eintragung frühestens gleichzeitig mit der Eintragung des zweiten Rechtes zuzulassen.

Die Eintragung erfolgt durch einen Vermerk, aus welchem sich ergibt, daß der Rang des vorstehenden Rechtes dem nachstehenden beigelegt bezw. in welchem Umfange das Rangverhältnis beider Rechte geändert ist. In den meisten Fällen wird der Vermerk hinreichen, daß dem einen Rechte vor dem anderen der Vorrang eingeräumt sei. In anderen Fällen aber, namentlich wenn die Rangänderung an Bedingungen ꝛc. geknüpft ist, muß das Verhältnis im Grundbuch erschöpfend vermerkt werden (vgl. Sächs. Arch. 13 S. 252); jedoch ist auch eine Ergänzung des Vermerkes durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig (s. S. 92 Erl. 3 zu § 874).

Besondere Bestimmungen sind weder in dem BGB. noch in der GBO. gegeben. In P. II Bd. 3 S. 99 wird behauptet, daß die Rangänderung nicht bloß bei dem zurücktretenden, sondern auch bei dem vortretenden Rechte eingetragen werde. Für die Richtigkeit dieser Behauptung läßt sich anführen, daß der Rang des zurücktretenden Rechtes auf das vortretende Recht übergeht, also auch dieses durch die Rangänderung eine Änderung erleidet sowie daß nach § 880 Abs. 4 die Löschung des zurücktretenden Rechtes die Wirkungen der Rangänderung nicht immer beseitigt, während diese Löschung regelmäßig den bei dem zurücktretenden Rechte eingetragenen Rangvermerk mit umfassen wird. Indessen trotz dieser Erwägungen wird man die mehrfache Eintragung nicht als ein wesentliches Erfordernis der Rangänderung bezeichnen dürfen, da sie weder in dem § 880 noch in dem § 873 vorgeschrieben und die Rangänderung nicht als eine Inhaltsänderung des vortretenden Rechtes, sondern als eine Belastung des zurücktretenden anzusehen ist (s. Erl. II 1). Demnach ist materiellrechtlich die Eintragung bei dem zurücktretenden Rechte erforderlich und genügend (s. auch Schröder in DJZ. 1903 S. 221; a. M. Fuchs S. 93 Erl. 3cc, Turnau-Förster I S. 144 Erl. 5, Biermann S. 58, Staudinger III S. 68 u. a.). Die mehrfache Eintragung ist aber empfehlenswert und formellrechtlich vielfach durch die auf Grund der GBO. § 1 Abs. 2 erlassenen Anordnungen der Landesjustizverwaltungen vorgeschrieben (z. B. in Preußen durch das der Allg. Verf. v. 20. Novbr. 1899 beigefügte Formular Abt. III lfd. Nr. 5 Spalte 7 und lfd. Nr. 7 Spalte 4).

4. **Die Wirkungen der Rangänderung** ergeben sich im allgemeinen aus den bisherigen Erörterungen. Zur Ergänzung mag noch bemerkt werden:

a) **Die Rangänderung wirkt** zu Gunsten des vorgetretenen Rechtes **dinglich** und zwar nicht allein gegen das zurückgetretene Recht, sondern auch gegen die Rechte derjenigen, deren Zustimmung nach Erl. 3b und c erforderlich und erteilt ist, sowie gegen die Rechte Dritter (mit Ausnahme der Zwischenberechtigten).

Erweist sich das zurückgetretene Recht als nicht bestehend, so ist die Rangänderung ohne Wirkung. Hiervon gilt auch auf Grund des Grundsatzes des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs keine Ausnahme (a. M. Fuchs S. 96 Erl. 7bb). Denn dieser erleidet durch § 880 Abs. 5 zu Gunsten der Zwischenrechte eine Einschränkung (s. Erl. 4b) und beim Fehlen von Zwischenrechten rückt das nachstehende Recht auch ohne Rangänderung in die Stelle des nicht bestehenden zurückgetretenen Rechtes ein.

Dagegen erstreckt sich die Aufhebung des zurückgetretenen Rechtes nicht auf den dem anderen Rechte eingeräumten Rang, sofern sie durch Rechtsgeschäft erfolgt (§ 880 Abs. 4). Erlischt dieses Recht auf andere Weise, z. B. ein auflösend bedingtes Recht mit dem Eintritte der Bedingung, der Nießbrauch oder der Altenteil mit dem Tode des Berechtigten, die Hypothek, für die noch ein anderes Grundstück haftet, mit der Befriedigung des Gläubigers aus diesem Grundstücke (§ 1181 Abs. 2, 3) oder durch dessen Eigentümer (§ 1173 Abs. 1), so erlischt zugleich die Rangänderung, aber nicht weil ihre dingliche Wirkung versagte, sondern weil das Recht selbst und folglich auch der ihm eigene Rang in seinem Bestande zeitlich beschränkt war, daher auch nur mit dieser Beschränkung Gegenstand einer Verfügung sein konnte. Nur wenn die Beschränkung weder aus dem Grundbuche zu ersehen noch dem vortretenden Berechtigten bekannt gewesen ist, behält dieser den seinem Rechte beigelegten Rang (§ 892).

Wird die Zwangsversteigerung des Grundstücks von einem Zwischenberechtigten betrieben, so wird bei der Feststellung des geringsten Gebots das vorgetretene Recht an der Stelle berücksichtigt, die vor der Rangänderung von dem zurückgetretenen Rechte eingenommen wurde (ZVG. § 44 Abs. 1, § 45 Abs. 1); es bleibt mit dem durch diese Stelle begründeten Range bestehen ohne Rücksicht darauf, daß das zurückgetretene Recht durch den Zuschlag erlischt (ZVG. § 52 Abs. 1, § 91 Abs. 1). Betreibt ein vorgehender Berechtigter oder der vorgetretene Berechtigte die Zwangsversteigerung und wird der letztere aus dem Versteigerungserlöse befriedigt, während der zurückgetretene Berechtigte ausfällt, so erlischt das Recht des ersteren und nicht etwa das des letzteren auf den mitbelasteten Grundstücken, da der erstere nicht das Recht des zurückgetretenen Berechtigten, sondern sein eigenes Recht ausübt (s. Erl. II 1; über das frühere Recht vgl. RG. 6 S. 308, 12 S. 204, 16 S. 249).

b) **Die Rangänderung wirkt weder gegen noch für die Zwischenrechte** (Abs. 5). Dieser Satz wird allerdings durch Abs. 4 eingeschränkt; bei einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung des zurücktretenden Rechtes hindert die Rangänderung das sonst stattfindende Vorrücken der Zwischenrechte. Hiervon abgesehen muß, wo ein Zwischenrecht in Frage kommt, die Sache so beurteilt werden, als wäre das Rangverhältnis nicht geändert worden. Insbesondere kann der vorgetretene Berechtigte stets nur zum Betrage des zurückgetretenen Rechtes, wenn dieser hinter dem seines Rechtes zurückbleiben sollte, den Vorrang vor den Zwischenrechten erhalten (s. S. 103 Erl. II 2); mit dem überschießenden Betrag ist er nach ihnen, aber vor dem zurückgetretenen Rechte bei einer Zwangsversteigerung zu berücksichtigen. Ist umgekehrt das vorgetretene Recht von geringerem Umfang als das zurückgetretene, so behält das letztere bezüglich der Differenz den Rang vor den Zwischenrechten. Wenn ferner das zurückgetretene Recht sich als nicht bestehend erweist, so kann seine Löschung von jedem Zwischenberechtigten beansprucht (§ 894) und der Anspruch nicht dadurch abgewendet werden, daß der nachstehende Berechtigte, um das ihm abgetretene Vorrecht zu behaupten, sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs beruft. Dies weicht freilich von dem Grundsatz ab, nach welchem in den Fällen der rechtsgeschäftlichen Übertragung und Belastung eines eingetragenen Rechtes der redliche Erwerber geschützt sein soll (§ 892). Die Abweichung dürfte aber nach § 880 Abs. 5 als gewollt anzusehen sein. In dem umgekehrten Falle, wenn nämlich das vorgetretene Recht nicht besteht und folglich auch die Rangänderung wirkungslos ist, verbleibt dem zurückgetretenen Rechte der Rang vor den Zwischenrechten. Ebenso tritt dieses Recht wieder an seine alte Stelle, wenn das vorgetretene Recht erlischt. Ein Vorrücken der Zwischenrechte ist in beiden Fällen durch den Abs. 5 ausgeschlossen.

Bei der Zwangsversteigerung kommt es vor allem darauf an, welche Stelle der Anspruch des betreibenden Gläubigers in der Rangordnung einnimmt. Gehen die Rechte, deren Rang geändert ist, dem Anspruche vor, so werden sie bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt und demnach gegen jede Benachteiligung gesichert (ZVG. §§ 44ff., § 77); dieser Fall scheidet hier aus. Für die übrigen Fälle ergibt die Anwendung des § 880 Abs. 5 bei der Zwangsversteigerung im allgemeinen folgendes (vgl. Fuchs S. 97f. Erl. 9; Jäckel, ZVG. S. 167ff.):

§. 881. Der Eigenthümer kann sich bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte die Befugniß vorbehalten, ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Recht mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen.

Der Vorbehalt bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Eintragung muß bei dem Rechte erfolgen, das zurücktreten soll.

Wird das Grundstück veräußert, so geht die vorbehaltene Befugniß auf den Erwerber über.

Ist das Grundstück vor der Eintragung des Rechtes, dem der Vorrang beigelegt ist, mit einem Rechte ohne einen entsprechenden Vorbehalt belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht in Folge der inzwischen eingetretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde.

α) Hat der Anspruch des betreibenden Gläubigers den Rang vor den Rechten, deren Rang geändert ist, so kann, wenn die Zwischenrechte bei Berücksichtigung der Rangänderung durch das Meistgebot nicht vollständig gedeckt sind, zur Befriedigung des vorgetretenen Berechtigten an der früheren Stelle des zurückgetretenen aus dem Versteigerungserlöse nicht mehr verwendet werden als der Betrag, den der zurückgetretene Berechtigte erhalten haben würde, wenn die Rangänderung nicht stattgefunden hätte.

Verlangt bei Feststellung der Versteigerungsbedingungen der vorgetretene Berechtigte, daß das Fortbestehen seines Rechtes bestimmt werde, so finden zum Schutze der Zwischenrechte, die hierdurch beeinträchtigt werden würden, die Vorschriften des ZVG. § 59 Anwendung.

β) Wird die Zwangsversteigerung von dem vorgetretenen Berechtigten betrieben, so sind bei der Feststellung des geringsten Gebots auch die Zwischenrechte zu berücksichtigen, soweit nicht derjenige, welchem ein solches Recht zusteht, mit dessen Nichtberücksichtigung sich einverstanden erklärt (a. M. Jäckel a. a. O.). Vgl. ZVG. § 44 Abs. 1, § 45 Abs. 1, § 59.

γ) Ist der betreibende Gläubiger ein Zwischenberechtigter, so ist das vorgetretene Recht in dem geringsten Gebote nur in Höhe des Betrags zu berücksichtigen, der ohne die Rangänderung für das zurückgetretene Recht einzustellen wäre. Erscheint dies nicht ausführbar, weil eines der beiden Rechte sich nicht in einem Geldanspruche darstellt, so muß das Grundstück doppelt, mit und ohne Rücksicht auf die Rangänderung, ausgeboten und dann die Versteigerung mit der Bedingung, bei welcher das günstigere Ergebnis erzielt wird, durchgeführt werden (ZVG. § 59).

δ) Entsprechend ist zu verfahren, wenn der zurückgetretene Berechtigte der betreibende Gläubiger ist (abw. Biermann S. 59 Erl. 2; s. auch Rspr. 2 S. 509). Außer dem vorgetretenen Rechte sind in diesem Falle auch die Zwischenrechte in das geringste Gebot aufzunehmen, es sei denn, daß das zurückgetretene Recht größer ist als das vorgetretene und deshalb zum Teil den Rang vor den Zwischenposten behält.

Ein näheres Eingehen auf die Fragen, welche die Rangänderung bei der Zwangsversteigerung hervorrufen kann, ist Aufgabe einer Bearbeitung des ZVG.

e) **Wenn ein Recht gleichzeitig hinter mehrere andere Rechte zurücktritt**, erhalten die letzteren sämtlich den Rang jenes Rechtes, sie sind also gleichberechtigt und bei Unzulänglichkeit des Versteigerungserlöses anteilsmäßig zu befriedigen; soll eines von ihnen den Vorzug vor dem anderen haben, bedarf es einer neuen Rangänderung. Wird dagegen zunächst einem Rechte und dann erst einem zweiten der Vorrang vor demselben Rechte eingeräumt, so kann das später vortretende Recht die ihm eingeräumte Stelle erst nach dem ersteren geltend machen (KG. 20 S. A 181).

§ 881.

E. I § 842; II § 802 rev. § 866; III § 865. P. I S. 5133, 5149 ff.; M. III S. 233 f. P. II Bd. 3 S. 99 ff. D. S. 659.

Serini, Rangvorbehalt und Zwischenhypothek 1900.

1. **Gründe für die Zulassung des Rangvorbehalts.** Der § 881 gestattet dem Eigentümer, bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte sich die Befugnis vorzubehalten, ein anderes Recht mit dem Range vor dem ersteren eintragen zu lassen. Ein solcher Rangvorbehalt steht

nicht auf gleicher Linie mit der Offenhaltung der Stelle in Bayern (Hyp.G. § 150) oder in Mecklenburg (rev. Hyp.O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 § 11 Nr. 2). Vielmehr erscheint er als eine Nachbildung des ähnlichen Instituts, welches in Konsequenz der Prioritätseinräumung für das Hypothekenrecht in Preußen durch die Praxis ausgebildet (KG. 4 S. 186, 11 S. 164, RG. 19 S. 341), in anderen Staaten durch die Gesetzgebung, z. B. in Altenburg durch das Grundbuchgesetz v. 13. Oktober 1852 § 184 und im Königreich Sachsen durch die Verordnung (Hyp.O.) v. 9. Januar 1865 § 143, wenigstens im allgemeinen zur Anerkennung gelangt ist. Ein dringendes Bedürfnis für dieses Institut liegt auf dem Gebiete des Hypothekenrechts. In Preußen hat es sich hauptsächlich bei der Erwerbung von Grundstücken zum Zwecke der Bebauung geltend gemacht, wenn der Erwerber durch seine Verhältnisse darauf angewiesen ist, einerseits das ihm ganz oder teilweise kreditierte Kaufgeld, andererseits die aufzunehmenden Baugelder mit dem Grundstücke hypothekarisch sicher stellen zu müssen. Da das Grundstück der Regel nach nur mit Rücksicht auf seine Bebauung einen dem Erwerbspreis entsprechenden Wert erreicht, die Bebauung aber erst durch das Baugeld ermöglicht wird, so ist es nicht mehr als billig, daß der Hypothek für das Baugeld der Rang vor der Hypothek für das rückständige Kaufgeld gewährt wird. Das BGB. hat sich indessen nicht auf die kasuistische Regelung dieses Falles beschränkt, sondern den Rangvorbehalt gleichwie die Rangänderung ganz allgemein zugelassen (Abs. 1).

Der Rangvorbehalt ist demnach bei jeder Art der Grundstücksbelastung und zu Gunsten eines jeden begrenzten Rechtes an einem Grundstücke zulässig. In letzterer Hinsicht sowie durch seine subjektiv-dingliche Natur (Erl. 3) unterscheidet er sich von der gemäß § 1196 zu Gunsten des Eigentümers bestellten Grundschuld, die demselben Zwecke wie der Rangvorbehalt dient.

2. **Der Rangvorbehalt unterliegt**, da er einen Eingriff in die gesetzliche Rangordnung (§ 879) bezweckt, ebenso wie die Rangänderung (§ 880) **dem Konsens- und Eintragungsprinzip** des § 873.

a) Die **Einigung**, welche zur Belastung des Grundstücks mit dem Rechte erforderlich ist, muß sich auch auf den Vorbehalt erstrecken. Der Abs. 1 legt dem Eigentümer nicht eine einseitige Ermächtigung bei, die auch nach einer vorbehaltlosen Einigung noch ausgeübt werden könnte. Vielmehr hat die Beschränkung, die er mit den Worten „bei der Belastung" festsetzt, den Sinn, daß nach der Belastung ein Rangvorbehalt nicht mehr zulässig, sondern nur noch die Rangänderung des § 880 am Platze ist (KG. 21 S. A 306, a. M. Fuchs S. 101 f. Erl. 3).

Der Vorbehalt muß, da er das Recht belastet, bei welchem er gemacht wird (s. S. 103 Erl. II 1 zu § 880; a. M. Serini a. a. O. S. 38ff., Biermann S. 61), das später einzutragende Recht, von der Person des Berechtigten abgesehen, genau bezeichnen, namentlich den Umfang des Rechtes bestimmen (Abs. 1). Vielleicht läßt sich dieses Erfordernis schon aus der Analogie des hypothekenrechtlichen Spezialitätsprinzips (§ 1115) herleiten; jedenfalls erscheint es hier gerechtfertigt, da die Eintragung des vortretenden Rechtes ohne Zuziehung desjenigen erfolgt, welchem das zurücktretende Recht zusteht.

b) Dem Erfordernisse der **Eintragung** wird nicht dadurch genügt, daß vor dem Rechte der für die spätere Eintragung des anderen Rechtes erforderliche Raum freigelassen wird, sondern in der Weise, daß bei der Eintragung jenes Rechtes der Vorbehalt vermerkt wird (Abs. 2).

Die Eintragung des Vorbehalts erfolgt ebenso wie die Eintragung des Rechtes, bei welchem er einzutragen ist, auf die einseitige Bewilligung des Eigentümers (GBO. §§ 19, 29, 30). Daraus, daß der Vorbehalt als eine Belastung des Rechtes aufzufassen ist, darf nicht geschlossen werden, daß seine Eintragung von der Bewilligung des Berechtigten abhängig wäre. Denn die Belastung stellt sich zugleich als Abweichung von dem gesetzlichen Inhalte des Rechtes dar, welches von ihr ergriffen werden soll; die Voraussetzungen ihrer Eintragung fallen daher mit den Voraussetzungen der Eintragung des Rechtes selbst zusammen. Nur wenn das Recht vorbehaltlos eingetragen wäre, würde die nachträgliche Eintragung des Vorbehalts von der Bewilligung des Berechtigten abhängen. Aber auch in diesem Falle bedürfte es der Bewilligung nicht, wenn der Eigentümer dem Grundbuchamte nachwiese, daß die Einigung zwischen ihm und dem Berechtigten nur mit dem Vorbehalte zustande gekommen wäre (GBO. §§ 22, 29). Läßt in dem umgekehrten Falle, wenn nämlich die Beteiligten auf die Bestellung des Rechtes ohne einen Rangvorbehalt sich geeinigt haben, der Eigentümer das Recht mit einem solchen Vorbehalt eintragen (§§ 13, 19, 29, 30), so kann der Berechtigte die Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 verlangen.

3. **Die Befugnis, welche der Rangvorbehalt gewährt, ist dinglicher Natur, und zwar nicht bloß in objektiver Beziehung, sondern auch in Ansehung des Subjekts.** Dies ist so zu denken: Der Eigentümer ist kraft der nach § 903 aus dem Eigentume fließenden Befugnis, das Grundstück mit Rechten zu belasten, auch zur Bestimmung des Rangverhältnisses unter denselben befugt. Einem entstehenden Rechte gegenüber geht diese Befugnis verloren, wenn bei dessen Bestellung kein Gebrauch von ihr gemacht wird. Durch den Rangvorbehalt wird sie gewahrt, indem sie den Charakter einer Belastung des Rechtes annimmt, im übrigen aber ihre Verbindung mit dem Eigentume nicht aufgibt. Sie verbleibt daher, wenn das Grundstück veräußert wird, nicht dem Veräußerer, sondern wird mit dem Eigentum auf den Erwerber übertragen (Abs. 3). Als subjektiv-dingliches Recht ist sie auch einer Pfändung nicht unterworfen.

Bei der Zwangsversteigerung erledigt sich der Rangvorbehalt, wenn das Recht, welches er belastet, durch den Zuschlag erlischt (ZVG. § 52 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 1). Bleibt jedoch das belastete Recht bestehen, so besteht auch die Belastung fort; wollte man den Rangvorbehalt erlöschen lassen, so würde der Berechtigte einen Vorteil erlangen, auf welchen er nach Inhalt seines Rechtes keinen Anspruch hat. Die vorbehaltene Befugnis geht daher auf den Ersteher über.

4. **Macht der Eigentümer von dem Rangvorbehalte Gebrauch,** so muß das Recht, welches er bestellt, mit dem Range vor dem Rechte, welches mit dem Vorbehalte belastet ist, in das Grundbuch eingetragen werden; die Eintragung muß ergeben, daß gerade dem jetzt eingetragenen Rechte der vorbehaltene Vorrang beigelegt wird. Die entsprechende Bestimmung des E. I § 842 Abs. 1 Satz 2 ist zwar in das BGB. nicht übergegangen, nach dem P. II Bd. 3 S. 100 aber als zweifellos richtig vorauszusetzen, da sie aus § 879 Abs. 3 gefolgert werden muß.

Die Eintragung des Vorranges erfolgt nach der GBO. § 19, wenn sie von dem Eigentümer bewilligt ist. Der Prüfung des Grundbuchamts unterliegt wohl die Frage, ob der Umfang des Rechtes, welches mit dem Vorzug eingetragen werden soll, sich in den Schranken hält, die durch den Rangvorbehalt gegeben sind, dagegen nicht, ob der Vorbehalt infolge der Eintragung von Zwischenrechten seine Wirkung verloren hat, denn dies läßt sich erst bei der Zwangsversteigerung feststellen (s. Erl. 5 b α).

5. **Für die Wirkungen des Rangvorbehalts nach der Eintragung des vortretenden Rechtes** kommt es darauf an, ob dasselbe unmittelbar hinter dem zurücktretenden Rechte eingetragen oder von demselben durch inzwischen bestellte unbeteiligte Rechte getrennt ist. Der Umfang, in welchem dem vortretenden Rechte der Rang vor dem anderen Rechte beigelegt ist, kann in dem ersteren Falle nur von demjenigen, welchem dieses Recht zusteht, in dem zweiten Falle auch von den Zwischenberechtigten in Frage gestellt werden. Der Umfang wird indessen nur höchst selten zweifelhaft sein, da seine Feststellung nach Abs. 1 ein Erfordernis des Rangvorbehalts ist. Mit der Möglichkeit seiner Ungewißheit braucht daher nicht besonders gerechnet zu werden. Im übrigen ist zu bemerken:

a) Der Fall, wenn im Grundbuche die beiden Rechte unmittelbar aufeinander folgen, ist einfach: das vortretende Recht erlangt mit seiner Eintragung den ihm beigelegten Rang vor dem zurücktretenden Rechte nach Maßgabe des Vorbehalts, mit welchem dieses belastet ist; es vollzieht sich ein Stellenwechsel, der überall, wo das Rangverhältnis in Frage kommt, namentlich für die Feststellung des geringsten Gebots bei der Zwangsversteigerung (ZVG. §§ 44 ff.), maßgebend ist. Das Gleiche gilt auch dann, wenn die Rechte in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchs eingetragen werden.

b) Das Verhältnis kompliziert sich erst, wenn zwischen den beiden beteiligten Rechten das Recht eines Dritten eingetragen steht. Der Eigentümer selbst freilich wird es kaum in seinem Interesse finden, das Grundstück neu zu belasten, ohne dem neuen Rechte den vorbehaltenen Vorrang einzuräumen oder den nämlichen Vorbehalt beizufügen. Wohl aber kommt es, wie die Praxis lehrt, nicht selten vor, daß ein Gläubiger des Eigentümers im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines Arrestes in das Grundstück eine Hypothek unmittelbar hinter dem mit dem Rangvorbehalte belasteten Rechte eintragen läßt. Gelangt dann das Recht mit dem Vorrange zur Eintragung, so ergibt sich ein Rechtsverhältnis, welches zwar dem Falle der Rangänderung (§ 880) ähnlich erscheint, jedoch grundsätzliche Verschiedenheiten zeigt (vgl. Serini a. a. O. S. 35 ff.).

α) Eine Hauptverschiedenheit folgt daraus, daß der Stellenwechsel nach § 880 durch die Einigung der beiden beteiligten Berechtigten, nach § 881 dagegen durch eine dem Vorbehalt

entsprechende Erklärung des Eigentümers bestimmt wird. Etwaige Zwischenrechte stehen der Rangänderung nicht entgegen. Die Erledigung des Rangvorbehalts hindern sie, soweit das Grundstück durch sie belastet wird, dies deshalb, weil die Grenze, bis zu welcher das dem Vorbehalt unterliegende Recht zurückweichen muß, durch den Vorbehalt endgültig festgelegt ist, das Recht mithin, dem der Vorrang beigelegt wird, insoweit nicht vorrücken kann, als hierdurch ein Zurückweichen des anderen Rechtes hinter die Zwischenrechte über jene Grenze hinaus bedingt sein würde. Mit anderen Worten: Der Betrag der Zwischenrechte wird von dem Betrage des Rechtes abgerechnet, dem der Rang vor dem belasteten Rechte beigelegt ist; nur wegen der Differenz ist der Vorrang jenes Rechtes vor diesem wirksam (a. M. Serini a. a. O.). Hierbei ist aber vorausgesetzt, daß die Zwischenrechte bei der Zwangsversteigerung ganz oder zum Teil zur Hebung kommen, daß also der Versteigerungserlös den Betrag des mit dem Vorbehalt eingetragenen Rechtes und der etwaigen voreingetragenen Rechte übersteigt; wenn und soweit dies nicht der Fall ist, beeinträchtigen die Zwischenrechte das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht nicht und machen daher auch den Vorbehalt nicht wirkungslos. Infolgedessen kann dieser selbst dann Bedeutung behalten, wenn der Betrag des Zwischenrechts größer ist als der Umfang des Vorbehalts (s. Fuchs S. 103 Erl. 9, Staudinger III S. 74 Erl. III 1 c, Kretzschmar I S. 163, Maenner S. 51 Anm. 23).

Die praktische Bedeutung der angedeuteten Abweichung des § 881 (Abs. 1, 4) von dem § 880 mag an einem einfachen Beispiele gezeigt werden (weitere Beisp. bei Serini S. 10 ff., Brettner im Recht 1900 S. 298):

Ein Grundstück ist mit drei aufeinander folgenden Hypotheken belastet, für A mit 10000 Mark, für B mit 2000 Mark, für C mit 10000 Mark. Setzt man den Fall, daß A sein Vorrecht dem C abtritt, so wechseln beide Hypotheken, unbeschadet der Stellung des B nach § 880 Abs. 5 ihren Rang; bei der Zwangsversteigerung trifft ein etwaiger Ausfall zunächst den A, so daß, wenn von dem Versteigerungserlöse für die drei Gläubiger nur 20000 Mark verfügbar sind, dem C 10000, dem B 2000, dem A 8000 gebühren, wenn dagegen nicht mehr als 12000 Mark zur Verfügung stehen, C und B vollständig befriedigt werden und A leer ausgeht.

Anders, wenn das Rangverhältnis nicht nach § 880, sondern nach § 881 sich geändert hat, in dem gesetzten Falle also die Hypothek des A mit dem Vorbehalte des Ranges für eine spätere Hypothek von 10000 Mark, hierauf die 2000 für B ohne Vorbehalt und dann die 10000 mit dem vorbehaltenen Range für C eingetragen sind. Dem B darf der Rangwechsel zwischen A und C keinen Vorteil bringen, und A hat nach dem Inhalte des Vorbehalts nur soweit zurückzuweichen, daß seiner Hypothek nicht mehr als 10000 vorgehen. Von dem Dazwischentreten des B hat demnach C den Nachteil. Mit Rücksicht hierauf ist die Rangordnung folgende: 8000 für C, 2000 für A, 2000 für B, 8000 für A, 2000 für C. Ein Ausfall bei der Zwangsversteigerung trifft zunächst die 2000 des C, sodann die 8000 des A rc. Nur wenn der Ausfall so viel beträgt, daß die 2000 des B nicht gedeckt werden, ändert sich das Verhältnis in der Verteilung der ersten 10000 zwischen C und A in der Art, daß der auf A fallende Anteil entprechend geringer wird. Werden z. B. nur 11000 geboten, so erhält C 9000, A 1000 und B 1000. Diese Änderung des Verhältnisses beruht darauf, daß A sich zwar nicht mehr als 10000, diese aber auch ganz vorgehen lassen muß. Bei einem Gebote von 12000 und mehr kann dies, da die Stellung des B durch den Rangvorbehalt nicht geändert werden darf, nur dadurch erreicht werden, daß von den ersten 10000 A 2000 erhält. Bei einem Gebote von 11000 aber braucht A nur 1000 zu erhalten, da ihm schon dann nicht mehr als 10000, nämlich die 9000 des C und die 1000 des B vorgehen. Werden nur 10000 geboten und kommt daher der Zwischenberechtigte B überhaupt nicht in Betracht, so erhält C die ganzen 10000 und A nichts. Auf den ersten Blick erscheint dieses Ergebnis insofern auffallend, als C hiernach, wenn nicht mindestens 22000 geboten werden, ein Interesse dabei hat, daß weniger als 12000 geboten werden (s. Serini S. 19 ff.). Das Auffallende verschwindet indessen, wenn man bedenkt, daß C infolge der Eintragung des Zwischenberechtigten B auf Grund des ihm eingeräumten Vorranges ein festes Recht nur in Beziehung auf 10000 — 2000 = 8000 erlangt und daß der Vorteil, welchen er durch das geringere Gebot hat, sich lediglich als eine Folge der dadurch eintretenden Nichtberücksichtigung des Zwischenrechts des B darstellt. Denselben Vorteil hat er auch dann, wenn das Zwischenrecht des B aus anderen Gründen, z. B. weil es in der Zwischenzeit gelöscht ist, nicht mehr in Betracht kommt.

§. 882. Wird ein Grundstück mit einem Rechte belastet, für welches nach den für die Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften dem Berechtigten im Falle des Erlöschens durch den Zuschlag der Werth aus dem Erlöse zu ersetzen ist, so kann der Höchstbetrag des Ersatzes bestimmt werden. Die Bestimmung bedarf der Eintragung in das Grundbuch.

β) Der Grundsatz des § 880 Abs. 5, daß die Zwischenrechte von der Rangänderung unberührt bleiben, kommt im Falle des § 881 nicht voll zur Geltung. Es kann ihnen zwar das Recht, dem der Vorrang beigelegt ist, nur insoweit vorgezogen werden, als das mit dem Rangvorbehalt eingetragene Recht hinter sie zurückweicht. Im übrigen aber müssen sie, da der Vorbehalt dieses Recht und mit demselben das Grundstück schon vor ihrer Entstehung belastete, die Verwirklichung des Vorbehalts sich gefallen lassen. Es wird also namentlich bei der Zwangsversteigerung das Verhältnis so behandelt, wie wenn das mit dem Vorrang eingetragene Recht, soweit der Vorrang wirksam ist (s. Erl. α), tatsächlich an der Stelle des zurücktretenden Rechtes im Grundbuche stände; insbesondere ist, wenn das Verfahren von einem Zwischenberechtigten betrieben wird, insoweit nicht dieses, sondern jenes Recht bei der Feststellung des geringsten Gebots zu berücksichtigen.

§ 882.

E. II rev. § 867; III § 866. P. II Bd. 6 S. 242.

1. **Der § 882 bezweckt** die Förderung des Realkredits. Er ist aus einem Antrage hervorgegangen, der bei der zweiten Lesung mit Beschränkung auf den Nießbrauch gestellt war, um einem in Bayern und Oberhessen beobachteten Bedürfnisse Rechnung zu tragen. Die Kommission war der Ansicht, daß es auch bei anderen Rechten für den Kredit des Eigentümers vorteilhaft sein könnte, wenn der Höchstbetrag des Ersatzes, der bei der Zwangsversteigerung dem Berechtigten für das erlöschende Recht zu leisten wäre, von vornherein bestimmt würde. Dieser Ansicht entspricht die allgemeine Fassung des Paragraphen.

2. **Der § 882 bezieht sich nur auf diejenigen Rechte,** welche nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet sind. Nur für diese schreibt das ZVG. § 92 vor, daß im Falle ihres Erlöschens durch den Zuschlag der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös an die Stelle des Rechtes tritt. Daher scheiden die Hypotheken und die Grundschulden aus. Auch die Rentenschulden kommen nicht in Betracht, weil bei ihnen die Ablösungssumme stets eingetragen werden muß (§ 1199 Abs. 2). Schließlich wird man auch die sonstigen (gemäß der im EG. Art. 113 aufrecht erhaltenen Landesgesetze) ablösbaren Rechte ausnehmen müssen, weil sich nach dem ZVG. § 92 Abs. 3 bei ihnen der Betrag der Ersatzleistung nicht nach dem Werte, sondern nach der Ablösungssumme bestimmt. Demnach ist der § 882, von den innerhalb der Vorbehalte des EG. landesrechtlich geregelten Rechten abgesehen, nur auf Erbbaurechte, auf die nicht ablösbaren Dienstbarkeiten und Reallasten und auf Vorkaufsrechte anwendbar, und auf die letzteren nur dann, wenn sie „für mehrere oder für alle Verkaufsfälle" bestellt sind (§ 1097); ein der Regel gemäß nur für einen Fall bestelltes Vorkaufsrecht scheidet aus, weil es nach den §§ 1098, 512 bei einer Zwangsversteigerung ohne Bedeutung ist (a. M. hinsichtlich der Vorkaufsrechte Staudinger III S. 75; siehe auch Kretzschmar I S. 165, 215, der bei diesen einen Ersatzanspruch für ausgeschlossen erklärt, weil es an jedem Anhalte für seine Bemessung fehle, allerdings trotzdem die Eintragung des Höchstbetrags für zulässig hält).

3. **Die Erfordernisse der Bestimmung des Höchstbetrags** sind die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten und die Eintragung in das Grundbuch. Denn die Bestimmung betrifft den Inhalt des Rechtes, für welches sie gelten soll, mithin wie dieses die Belastung des Grundstücks und unterliegt also gemäß §§ 873, 877 dem Eintragungs- und dem Konsensprinzipe.

Erfolgt die Bestimmung nicht bei der Bestellung des Rechtes, sondern nachträglich, so bedarf es nicht der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten, da das Recht durch die Bestimmung nicht erweitert, sondern beschränkt wird (a. M. Oberneck S. 205).

4. **Die Wirkung** der Bestimmung besteht nämlich nicht darin, daß der Berechtigte im Falle der Zwangsversteigerung ohne weiteres den eingetragenen Betrag als Wert seines Rechtes beanspruchen darf, sondern die Höhe seines Ersatzanspruchs bestimmt sich nach dem ZVG.

§. 883. Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig.

Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung.

---

§§ 92, 121 und wird durch die Bestimmung nur nach oben hin begrenzt, so daß der Berechtigte einen höheren als den eingetragenen Betrag nicht zu beanspruchen hat. Allerdings wird der eingetragene Höchstbetrag nach ZVG. § 114 Abs. 1 in den Teilungsplan eingestellt (a. M. Kretzschmar I S. 165); die Beteiligten sind aber befugt, die Angemessenheit dieses Betrags zu bestreiten und deshalb Widerspruch gegen den Teilungsplan gemäß § 115 des ZVG. zu erheben (vgl. Fischer u. Schaefer S. 361, 405f.).

Die Bestimmung hat nur für den Fall Bedeutung, daß das Recht durch den Zuschlag erlischt; vgl. hierzu das ZVG. §§ 52, 59, 91, wonach alle das versteigerte Grundstück belastende Rechte erlöschen, welche nicht nach den gesetzlichen oder den vereinbarten Versteigerungsbedingungen oder nach einer besonderen Vereinbarung zwischen dem Ersteher und dem Berechtigten bestehen bleiben.

§§ 883—888.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht 1901; Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht 1902; Priester, Die alte und die neue Vormerkung, im Arch. f. Bürg. R. 22 S. 143ff.; Neumann, Vormerkung und Veräußerungsverbot, in JW. 1902 S. 454ff.; Predari, GBO. S. 195ff.; Reichel, Die Vormerkung im deutschen BGB., in Iherings Jahrb. 46 S. 59ff.

Die §§ 883—888 regeln das Institut der **Vormerkung**, welches S. 80ff. Vorbm. VII bereits kurz besprochen ist. Durch § 883 werden die Zulässigkeit, die Voraussetzungen und im allgemeinen auch die Wirkungen der Vormerkung geregelt. Der § 884 betrifft die Wirkung gegenüber dem Erben des Verpflichteten. Der § 885 ordnet die Voraussetzungen und den Inhalt der Eintragung. Der § 886 gewährt einen Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung, wenn dem vorgemerkten Anspruch eine peremtorische Einrede entgegensteht. Durch § 887 wird die Ausschließung des unbekannten Gläubigers geregelt. Der § 888 Abs. 1 schließlich bestimmt die Wirkung der Vormerkung gegen Dritte. Die gleiche Wirkung wird durch § 888 Abs. 2 einem **Veräußerungsverbote** beigelegt.

§ 883.

E. II § 803 rev. § 868; III § 867. P. II Bd. 3 S. 107ff., 181ff., 740ff.; Bd. 6 S. 222. D. S. 659.

1. **Voraussetzungen der Vormerkung.** Wie S. 81 Vorbm. VII 2, 3 bereits erwähnt, ist die Vormerkung im Gegensatze zu dem Widerspruche gegen die Richtigkeit des Grundbuchs nicht zum Schutze eines bestehenden dinglichen Rechtes, sondern zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks bestimmt.

a) Die Vormerkung setzt demnach einen **Anspruch** voraus. Vgl. über diesen Begriff Bd. I S. 52. Die Rechtsbeständigkeit des Anspruchs ist Bedingung für die Wirksamkeit der Vormerkung; sein Nichtbestehen kann selbst einem gutgläubigen Erwerber des vorgemerkten Anspruchs entgegengehalten werden (s. Erl. 2, 31). Eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung z. B. ist ohne Wirkung, wenn der zu Grunde liegende obligatorische Vertrag entgegen der Vorschrift des § 313 (vgl. RG. 54 S. 75) nicht gerichtlich oder notariell beurkundet ist; die Eintragung der Vormerkung hat nicht die Wirkung, welche der § 313 Satz 2 der

Auflassung und der Eintragung des Eigentumsübergangs beilegt. Regelmäßig bedarf aber der den Anspruch auf eine Eintragung begründende obligatorische Vertrag keiner Form (s. S. 85 Erl. III 2; CBl. f. FG. 1 S. 237).

Der durch die Vormerkung zu sichernde Anspruch kann nicht nur auf einem Vertrage, sondern auch auf einem einseitigen Rechtsgeschäfte (z. B. einem Vermächtnis) oder auf Gesetz (z. B. § 648) beruhen. Näheres bei Biermann a. a. O. S. 133ff.

Die Vorschriften der CPO. über die Zwangs- und Arresthypotheken (§§ 866ff., 932) gewähren dem Gläubiger der vollstreckbaren Geldforderung keinen Anspruch gegen den Schuldner auf Bestellung der Sicherungshypothek, sondern ein Recht auf deren Eintragung im Wege der Zwangsvollstreckung. Der Gläubiger kann daher nicht auf Grund dieser Vorschriften die Eintragung einer Vormerkung fordern (KG. 21 S. A 324; a. M. Fuchs S. 110 Erl. 5, S. 633 Erl. 11).

b) Der Anspruch muß auf eine eintragungsfähige Rechtsänderung an einem Grundstück oder einem Rechte an einem Grundstücke gerichtet sein (s. RG. 48 S. 61; JW. 1903 Beil. S. 116; KG. 20 S. A 91, 22 S. A 152). Ansprüche auf solche Rechte und Rechtsverhältnisse, welche von der Eintragung ausgeschlossen sind, können nicht vorgemerkt werden. Von den Eintragungen, die nach dem oben S. 76ff. gesagten zulässig sind, kommen naturgemäß die tatsächlichen Angaben über das Grundstück, aber auch die Verfügungsbeschränkungen, die Vormerkungen und die Widersprüche als Gegenstand der zu sichernden Ansprüche nicht in Betracht. Der Sicherung durch eine Vormerkung fähig sind demnach nur die Ansprüche auf Bestellung, auf Übertragung oder auf Aufhebung eines (von der Eintragung nicht ausgeschlossenen) Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte, auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes, also die Ansprüche auf diejenigen Rechtsänderungen, welche im allgemeinen durch die §§ 873, 875f., 877, 880 geregelt sind, und daneben die Ansprüche auf die (durch § 875 nicht geregelte) Aufhebung der die Rechte an Grundstücken belastenden Rechte (vgl. Reichel a. a. O. S. 69ff.). Auch ein Anspruch auf die nach den §§ 876f., 880 erforderliche Zustimmung eines Dritten zur Aufhebung, Inhalts- oder Rangänderung ist vormerkungsfähig.

Vormerkungsfähige Ansprüche auf Auflassung entspringen z. B. aus einer Vereinbarung, durch die sich ein Eigentümer verpflichtet, der Gemeinde die nach dem Fluchtlinienplane zur Straße bestimmte Grundfläche gegen eine vereinbarte Entschädigungssumme abzutreten (KG. 25 S. A 147), und aus der Abrede in einem Pachtvertrage, daß der Pächter zur käuflichen Übernahme des Pachtgrundstücks bei Beendigung des Pachtverhältnisses berechtigt sein soll (Rspr. 6 S. 122). Zweifelhaft ist es, ob die Anfechtung der Veräußerung eines Grundstücks auf Grund der KO. §§ 29ff. oder des Anfechtungsges. v. 21. Juli 1879 in der Fassung der Bek. v. 20. Mai 1898 einen vormerkungsfähigen Anspruch auf Rückauflassung gewährt. Legt man mit Kipp (Windscheid-Kipp II S. 955ff.), Hellwig (Z. f. CP. 26 S. 474ff.) u. a. der Anfechtung auf Grund der jetzigen Fassung der gesetzlichen Vorschriften dingliche Wirkung bei, so kommt keine Vormerkung, sondern nur ein Widerspruch in Frage. Folgt man dagegen der Ansicht, daß die Anfechtung auch jetzt noch lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr erzeugt (so insbesondere Jaeger, KO. 2. Aufl. S. 223ff., Meyer in JW. 1902 S. 613, Kleinfeller in DJZ. 1903 S. 386, Wendt im Arch. f. civ. Pr. 91 S. 442ff.; s. auch RG. 52 S. 341, Bad. RP. 1903 S. 142), so gewährt zwar die durch den Konkursverwalter erfolgte Anfechtung, aber nicht die Anfechtung außerhalb des Konkurses einen vormerkungsfähigen Anspruch. Während nämlich auf Grund der KO. § 37 das Weggegebene im vollen Umfange zurückzugewähren ist (a. M. Bad. RP. a. a. O.), erfolgt die Rückgewähr auf Grund des Anfechtungsges. § 7 nur, soweit es zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers erforderlich ist; sein Anspruch geht nicht auf Rückübertragung des veräußerten Grundstücks oder Rechtes, sondern auf Duldung der Zwangsvollstreckung in dieses, als wenn es noch zum Vermögen des Schuldners gehörte (vgl. RG. 47 S. 216, Gruch. 40 S. 1154, Hellwig a. a. O. S. 490). Auch ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek für seine vollstreckbare Forderung steht dem Gläubiger nicht zu (s. Erl. 1a; a. M. Sächs. Arch. 13 S. 589). Dieser kann daher die Sicherung seines Anspruchs nicht durch eine Vormerkung, wohl aber durch ein ähnlich wirkendes Veräußerungsverbot gemäß § 938 der CPO. erwirken (s. Bolck in DJZ. 1902 S. 343, Bendix im Recht 1902 S. 505; a. M. Rspr. 2 S. 509, 5 S. 422, Bad. RP. 1903 S. 86, Biermann a. a. O. S. 142f., Staudinger III S. 78).

Als ein Anspruch auf (teilweise) Aufhebung eines dinglichen Rechtes kann der Anspruch gegen einen Hypothekengläubiger auf Entlassung eines Grundstücksteils aus der Mithaft für seine Hypothek (KG. 23 S. A 152) und als Anspruch auf Änderung des Inhalts eines Rechtes der

Anspruch gegen den Eigentümer auf Umwandelung der Eigentümerhypothek in eine Hypothek für eine andere Forderung (RG. 25 S. A 166) vorgemerkt werden.

Dagegen ist das bei der Veräußerung vorbehaltene Recht des bisherigen Grundeigentümers auf einen Schatz, der etwa in dem Grundstücke gefunden werden sollte, von der Eintragung als Vormerkung ausgeschlossen, weil der daraus entspringende Anspruch auf den Erwerb einer beweglichen Sache gerichtet ist (RG. 24 S. A 244). Das gleiche gilt von dem Versprechen des Eigentümers, seine Zustimmung zu einer Rangänderung zu versagen, da es keinen Anspruch auf eine dingliche Rechtsänderung gewährt (a. M. Strecker S. 83, Staudinger III S. 71 Ziff. VI). Auch die in der preuß. Allg. Verf. v. 20. Novbr. 1899 § 11 Nr. 2, 3 erwähnten Vormerkungen über ein eingeleitetes Enteignungsverfahren sowie auf Grund der Gemeinheitsteilungs- und Rentengutsgesetze sichern keine Ansprüche auf eine dingliche Rechtsänderung und sind daher keine Vormerkungen im Sinne des BGB. (s. Biermann a. a. O. S. 75f.).

c) Nicht jeder Anspruch auf eine Eintragung kann vorgemerkt werden. Die vorläufige Eintragung eines bestehenden dinglichen Rechtes (z. B. auch einer vor dem 1. Januar 1900 ohne Eintragung begründeten Grunddienstbarkeit, Rspr. 4 S. 292) erfolgt durch einen Widerspruch. Die Vormerkung setzt einen **persönlichen Anspruch** voraus, gerichtet **gegen denjenigen, dessen Grundstück oder Recht von der Vormerkung betroffen wird** (s. RG. 20 S. 242, Sächs. Arch. 10 S. 627, Rspr. 3 S. 98, 387). Der Verpflichtete muß also zur Zeit der Eintragung der Vormerkung der passivbeteiligte Eigentümer oder Berechtigte sein; ein Anspruch, welcher gegen einen früheren oder gegen einen künftigen Eigentümer oder Berechtigten gerichtet ist, begründet kein Recht auf eine Vormerkung. Hiervon macht der § 1179 eine Ausnahme, indem er schon vor dem Übergange der Hypothek auf den Eigentümer des belasteten Grundstücks die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines gegen diesen gerichteten Anspruchs gestattet (s. Erl. 1 zu § 1179; bayer. OLG. 3 S. 229).

Die Vormerkung ist nur **zu Gunsten des Gläubigers des gesicherten Anspruchs** zulässig. Ein Anspruch auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit oder eines sonstigen subjektiv-dinglichen Rechtes kann daher nicht zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks eingetragen werden. Dagegen braucht der Gläubiger mit dem Vertragsgenossen des Schuldners nicht identisch zu sein; auch ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten kann einen vormerkungsfähigen Anspruch erzeugen und in diesem Falle ist nach Maßgabe des § 335 auch der Versprechensempfänger befugt, auf die Bewilligung der Eintragung der Vermerkung zu Gunsten des Dritten zu klagen oder die zu der Eintragung erforderliche einstweilige Verfügung zu erwirken.

d) **Fälligkeit des Anspruchs ist nicht Voraussetzung der Vormerkung** (§ 883 Abs. 1 Satz 2). Für bedingte und betagte Ansprüche ist die Vormerkung, insbesondere die Auflassungsvormerkung auf Grund des § 925 Abs. 2, von besonderer praktischer Bedeutung. Daß der bedingte Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat, steht trotz der Vorschrift der CPO. § 916 Abs. 2, § 936 der Anordnung einer Vormerkung im Wege einstweiliger Verfügung nicht entgegen, da diese Vorschrift gemäß § 883 Abs. 1 Satz 2 auf Vormerkungen keine Anwendung findet (Fuchs S. 130 Erl. 4; Reichel a. a. O. S. 88; a. M. Biermann S. 67 und a. a. O. S. 145 Anm. 2). Einen — durch die Erklärung des Berechtigten, daß er sein Recht ausübe — bedingten Anspruch auf Auflassung gewähren nach der herrschenden Meinung auch das Wiederkaufsrecht (§§ 497ff.) und das obligatorische Vorkaufsrecht (§§ 504ff.); deshalb ist auch auf Grund dieser Rechte die Eintragung einer Vormerkung zulässig (s. P. II Bd. 3 S. 767; Reichel a. a. O. S. 92ff.; Achilles-Strecker S. 131). Aber auch wenn man der Ansicht ist, daß erst mit der Ausübungserklärung ein Anspruch entstehe, ist dennoch schon vorher die Eintragung einer Vormerkung zuzulassen (a. M. Turnau-Förster I S. 514, Kretzschmar I S. 204ff.), weil, wie Reichel a. a. O. S. 97ff. mit Recht hervorhebt, im § 883 Abs. 1 Satz 2 nicht einmal ein bedingter oder betagter Anspruch gefordert, sondern auch ein **künftiger Anspruch** für genügend erklärt wird. Ein bloß in Aussicht genommener Anspruch ist also hinreichend.

Selbstverständlich kann auch **ein von einer Gegenleistung abhängiger Anspruch** durch eine Vormerkung gesichert werden.

2. Über **die rechtliche Natur der Vormerkung** gehen die Ansichten sehr auseinander (vgl. die Zusammenstellungen bei Biermann S. 63f. und a. a. O. S. 167ff., bei Othmer a. a. O. S. 9ff.). Am weitesten geht Othmer (a. a. O. S. 67ff., 80); nach ihm hat die Vormerkung, abgesehen von den Vermutungen des § 891, dieselben Wirkungen wie die definitive Eintragung,

sie führt die dem vorgemerkten Anspruch entsprechende Rechtsänderung bereits in unbedingter Weise herbei. Fuchs (S. 110ff., Gruch. 46 S. 561ff.) und Jaeger (KO. 2. Aufl. S. 194f.) lassen dagegen die Vormerkung die dingliche Rechtsänderung, auf welche der gesicherte Anspruch hinzielt, nur unter einer aufschiebenden Bedingung bewirken. Unter einander weichen diese beiden darin ab, daß Jaeger die Auflassungsvormerkung als bedingtes Eigentum, Fuchs dagegen sie nur als eine bedingte Belastung, analog dem Vorkaufsrechte, bezeichnet. Während nach diesen Ansichten der persönliche Anspruch durch die Eintragung der Vormerkung zu einem dinglichen Rechte wird, erklären andere die Vormerkung als solche für ein dingliches Recht, welches dem Anspruche, der ein persönlicher bleibe, zur Seite stehe (vgl. Dernburg III §. 51 S. 150; Cosack II S. 25 § 177 Ziff. II 2) ꝛc. Von Enneccerus (Enneccerus-Lehmann I S. 371) wird die Vormerkung als eine dingliche Berechtigung auf den Erwerb des betreffenden Rechtes bezeichnet (vgl. auch Reichel a. a. O. S. 151f.). Andere schließlich sprechen von einem jus ad rem oder von einer obligatio in rem scripta (vgl. z. B. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 21 Anm. 50, Dernburg III S. 186 § 63, Oberneck S. 254).

Gegen die letzte Ansicht spricht die oben S. 7 erörterte grundsätzliche Stellung des BGB. zu dem Rechte zur Sache und die Vorschrift des § 888, nach welcher der durch die Vormerkung gesicherte persönliche Anspruch nur gegen den ursprünglich verpflichteten geltend gemacht werden kann und der dritte Erwerber lediglich zur Erteilung der grundbuchmäßigen Zustimmung zur Verwirklichung dieses Anspruchs verpflichtet ist (s. Erl. I 2 zu § 888). Diese Vorschrift widerspricht auch der Ansicht, daß der Anspruch durch die Eintragung der Vormerkung zu einem dinglichen Rechte werde; dieselbe ist auch mit anderen Bestimmungen, z. B. mit der des § 886 und mit den Vorschriften, welche die Hypothekenvormerkungen in einzelnen Punkten den Hypotheken gleichstellen (z. B. §§ 439, 1971, KO. § 193), unvereinbar (s. RG. 25 S. A 170; näheres bei Biermann a. a. O. S. 168ff., dagegen Othmer a. a. O. S. 50ff.). Der Vormerkung den Charakter einer selbständigen dinglichen Belastung des Grundstücks zu geben, hat die zweite Kommission ausdrücklich abgelehnt und dem § 883 deshalb nicht die den §§ 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1204 entsprechende Fassung gegeben (P. II Bd. 3 S. 740, 744ff.). Schließlich ist gegenüber der Meinung, daß die Vormerkung zwar kein Recht an der Sache, aber ein dingliches Recht im weiteren Sinne sei, auf das oben S. 6 gesagte zu verweisen. Mit Recht hat sich daher die Praxis gegen die Dinglichkeit des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs und gegen die Natur der Vormerkung als eines besonderen dinglichen Rechtes ausgesprochen (RG. 20 S. A 80, 21 S. A 286, 22 S. A 311, Rspr. 4 S. 237, 6 S. 123).

So, wie die Vormerkung durch das BGB. und die KO. gestaltet ist, kann sie nur als ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur, als „ein Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert" (Biermann S. 64, a. a. O. S. 184) aufgefaßt werden (ebenso Predari S. 211, Priester a. a. O. S. 174ff., Neumann a. a. O. S. 455; s. auch Turnau-Förster I S. 162ff., andererseits Othmer a. a. O. S. 28ff., Reichel a. a. O. S. 139ff.). Sie steht und fällt mit dem Anspruche, zu dessen Sicherung sie bestimmt ist. Aber sie fällt darum doch nicht mit der Arresthypothek und dem Arrestpfandrechte zusammen, denn durch sie wird weder ein Recht an dem von ihr ergriffenen Gegenstande begründet noch unmittelbar die Zahlung einer Geldsumme aus demselben sichergestellt. Näher verwandt ist sie einem Veräußerungsverbote, welches in Beziehung auf einen Streitgegenstand nach der CPO. § 935 mittels einer einstweiligen Verfügung von dem Gericht erlassen werden kann, um eine Veränderung des bestehenden Zustandes, durch welche die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, zu verhindern; aber auch von ihm unterscheidet sie sich in mehreren Hinsichten (vgl. Erl. 3a, 3cβ), indessen steht nichts entgegen, der Vormerkung mit den P. II Bd. 3 S. 112 und mit Reichel a. a. O. S. 147ff. die Natur eines qualifizierten Veräußerungsverbots oder einer qualifizierten Verfügungsbeschränkung zuzusprechen. Die Dinglichkeit der Wirkung der Vormerkung (S. 8f.) ergibt sich insbesondere aus ihrer Wirksamkeit im Konkurse des Schuldners (s. Erl. 3a, Erl. I 1 zu § 888) und gegenüber dem Erben des Verpflichteten (§ 884).

Aus dieser Natur der Vormerkung folgt, daß sie nicht etwa allgemein den sachenrechtlichen Normen des BGB. unterliegt, soweit nicht positive Bestimmungen entgegenstehen (a. M. Fuchs a. a. O.), sondern daß sie nur die ihr besonders beigelegten dinglichen Wirkungen hat; da sie aber in verschiedenen nicht unwesentlichen Punkten wie eine Belastung wirkt, wird man die die Belastungen betreffenden Vorschriften zum Teil auf die Vormerkungen entsprechend anwenden dürfen (a. M. Reichel a. a. O. S. 142).

So ist z. B. die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung zwar nicht als eine **Verfügung** (Bd. I S. 185 Vorbm. IX 4) zu bezeichnen, da sie nicht unmittelbar auf Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtes gerichtet ist (a. M. Fuchs S. 121 Erl. 19 und in der Festgabe für Wilke S. 103, Reichel a. a. O. S. 154, Kretzschmar II S. 222, Othmer a. a. O. S. 103 ff.), aber die Ähnlichkeit der Wirkungen rechtfertigt die entsprechende Anwendung der für die Verfügungen geltenden Vorschriften der §§ 135, 137, 161, § 184 Abs. 2, §§ 185, 499, 893, 1189, 1375 ff., 1395 ff., 1984, 2040, 2112 ff., 2211, KO. §§ 6, 7 auf jene Bewilligung.

3. Die **Wirkung der Vormerkung** besteht nach § 883 Abs. 2, 3 darin, daß dem Gläubiger die Eintragung oder Löschung, zu deren Bewilligung der Schuldner verpflichtet ist, in materiellrechtlicher Beziehung ganz so gesichert wird, wie wenn sie zur Zeit bezw. an Stelle der Vormerkung erfolgt wäre (oben S. 81).

a) Um dieses Ziel zu erreichen, verbindet der § 883 mit der Vormerkung eine **Verfügungsbeschränkung**. Der Schuldner kann daher zwar der Vormerkung ungeachtet über das für ihn eingetragene Recht zu Gunsten eines Dritten verfügen. Aber die Verfügung ist nach Abs. 2 insoweit unwirksam, als sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Einer Verfügung des Schuldners wird hier ebenso wie im § 135 eine im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgende Verfügung gleichgestellt. Dagegen sind die Wirkungen der Vormerkung insofern umfassender als die der in den §§ 135 f. geregelten Veräußerungsverbote, als der § 883 Abs. 2 Satz 2 im Einklange mit dem § 161 Abs. 1 Satz 2 für den Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners, abweichend von der KO. § 13, auch den Verfügungen des Konkursverwalters die Wirksamkeit gegen den vorgemerkten Anspruch abspricht (über die Wirkung der Vormerkung im Konkurse vgl. im übrigen Erl. I 1 zu § 888). Ob auch ein Rechtserwerb, der sich kraft Gesetzes oder im Wege der Tabularersitzung (§ 900) vollzieht, insoweit unwirksam ist, als er den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, ist nicht gesagt. Indessen dürfte dieser nicht anders zu behandeln sein als ein Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung (Fuchs S. 111 Erl. β, Biermann a. a. O. S. 155).

Die Unwirksamkeit der späteren Verfügungen ist nur eine relative; sie tritt nur zu Gunsten des vorgemerkten Anspruchs ein und kann daher auch nur von dem Gläubiger dieses Anspruchs und nicht von einem anderen geltend gemacht werden. In dieser Hinsicht gilt nichts anderes als das oben S. 77 f. Vorbm. 3 von der Verfügungsbeschränkung zum Schutze bestimmter Personen gesagte. Daher kann z. B. ein nachstehender Hypothekengläubiger die Unwirksamkeit einer vorstehenden Hypothek nicht damit begründen, daß diese nach der Eintragung einer Auflassungsvormerkung von dem Veräußerer bestellt sei (s. Reichel a. a. O. S. 111, Staffel im Sächs. Arch. 9 S. 207, Neumann a. a. O. S. 456 f., Predari S. 202; a. M. Fuchs S. 122 Erl. β).

Die Vorschrift des § 883 Abs. 2 wird durch § 888 Abs. 1 ergänzt (s. Erl. I 2 zu § 888).

b) Für den **Rang** eines Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, ergibt sich aus der gekennzeichneten Natur der Vormerkung, daß als die Eintragung, durch welche nach § 879 der Rang sich bestimmt, die Eintragung der Vormerkung, nicht die spätere Eintragung des Rechtes angesehen werden muß. Denn wenn dem Anspruche gegenüber die in der Zwischenzeit zur Eintragung gelangenden Verfügungen nach § 883 Abs. 2 insoweit unwirksam sind, als sie den Anspruch beeinträchtigen würden, so können sie den Rang erst nach dem Rechte haben. In dem Abs. 3 wird diese praktisch wichtige Folgerung besonders ausgesprochen.

Aus dieser Vorschrift folgt, daß die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Belastung mit den übrigen Eintragungen in einem Rangverhältnisse steht und daher in dieser Hinsicht einem dinglichen Rechte gleichsteht. Infolgedessen finden auf sie auch die Vorschriften des § 880 über die **Rangänderung** Anwendung (KG. 22 S. A 311). Soll eine Hypothekenvormerkung zurücktreten, so bedarf es nicht der Zustimmung des Eigentümers, da die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf Hypothekenvormerkungen keine Anwendung finden (KG. 25 S. A 170).

c) **Wirkung der Vormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren.**

α) Nach dem ZVG. § 9 Nr. 1 ist, da für ihn „ein Recht durch Eintragung gesichert ist" (s. Fischer u. Schaefer S. 180 Erl. 2a), derjenige, für welchen eine Vormerkung eingetragen ist, als Beteiligter im Sinne des ZVG. § 9 Nr. 1 zu dem Verfahren zuzuziehen. Bei der Feststellung des geringsten Gebots sind nach § 48 daselbst „bedingte Rechte wie unbedingte, Rechte, die durch Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung gesichert sind, wie ein-

getragene Rechte zu berücksichtigen." Die Berücksichtigung eines solchen Rechtes aber hat, wenn dasselbe nicht besteht, gemäß §§ 50 f. die Folge, daß der Ersteher außer dem Bargebot auch das berücksichtigte Kapital oder den Betrag, um welchen sich durch den Wegfall des Rechtes der Wert des Grundstücks erhöht, zu zahlen und zu verzinsen hat. Die Vormerkung wird also hier wie ein bedingtes Recht behandelt, und der gleichen Behandlung wird sie beim Mangel besonderer Bestimmungen des Gesetzes auch bei der Verteilung des Versteigerungserlöses unterstellt werden müssen (vgl. insbes. §§ 119, 124 f. und über die Behandlung der Auflassungsvormerkung im Verteilungsverfahren CBl. f. FG. 4 S. 258). Ist der vorgemerkte Anspruch auf Aufhebung eines bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Rechtes gerichtet, so tritt die Erhöhung des von dem Ersteher zu zahlenden Betrags nach §§ 50 f. des ZVG. ein, wenn der Anspruch durch Aufhebung des Rechtes verwirklicht wird (s. Fischer u. Schaefer S. 254, 258, 420 f.).

β) Bei der Vormerkung auf Auflassung, d. h. auf „Einräumung" des Eigentums § 883 Abs. 1) fragt es sich, ob der Vormerkung ungeachtet das Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung versteigert werden darf. Die Frage ist nicht nur dann zu bejahen, wenn die Vormerkung erst nach dem Rechte eingetragen ist, auf Grund dessen die Zwangsversteigerung betrieben wird, sondern schlechthin, also auch dann, wenn die Vormerkung dem Anspruche des betreibenden Gläubigers im Range vorgeht (Biermann a. a. O. S. 198 ff., Reichel a. a. O. S. 123 ff., Fuchs S. 116 f., Neumann a. a. O. S. 458; a. M. Strecker S. 117 f., Othmer a. a. O. S. 108 f., Kretzschmar I S. 200 ff.).

Das BGB. enthält keine Bestimmung, aus der gefolgert werden könnte, daß die Vormerkung auf Auflassung, so lange sie eingetragen ist, die Zwangsversteigerung ausschließen solle. Im Gegenteil, der § 883 Abs. 2 setzt unverkennbar voraus, daß eine Verfügung, welche der Vormerkung zuwiderläuft, nicht unstatthaft, sondern nur insoweit unwirksam ist, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder benachteiligen würde. Die Vormerkung ist demgemäß bei der Feststellung des geringsten Gebots zu berücksichtigen und, wenn dessen ungeachtet das Verfahren nicht ergebnislos verläuft (ZVG. § 77), auch gegen den Ersteher wirksam (vgl. Fischer u. Schaefer S. 224 f., 241, 254).

Othmers abweichende Meinung beruht auf seiner Konstruktion der Vormerkung; nach ihm ist der Gläubiger des vorgemerkten Auflassungsanspruchs bereits Eigentümer (s. Erl. 2). Strecker behauptet zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht, daß der Anspruch auf Auflassung durch die Vormerkung einem späteren Erwerber des Grundstücks gegenüber die Wirkung des Eigentumsanspruchs erlange, mithin im Sinne des ZVG. § 28, § 37 Nr. 5 ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht sei und als solches, wenn nicht das Verfahren nach § 28 aufgehoben werde, für den Berechtigten die Befugnis ergebe, die Aufhebung nach der CPO. § 771 im Wege der Klage zu verlangen. Diese Behauptung kann jedoch als richtig nicht anerkannt werden. Denn wenn dem an sich nur persönlichen Anspruch auf Auflassung nach Eintragung der Vormerkung auch dingliche Wirkungen eigen sind, so reichen sie doch nicht weiter, als das Gesetz sie zuläßt. Aber weder das BGB. noch die Nebengesetze enthalten eine Bestimmung, durch welche dem vorgemerkten Anspruche die Wirkung des Eigentumsanspruchs beigelegt würde. Erst wenn die Auflassung an den Gläubiger erklärt oder der Schuldner zur Abgabe der Auflassungserklärung in Gemäßheit der CPO. § 894 Abs. 1 rechtskräftig verurteilt ist, kann es sich fragen, wie der Anspruch des Berechtigten gegenüber einem Dritten, an den inzwischen das Grundstück veräußert wurde, verwirklicht werden soll. Diese Frage aber ist nach der positiven Vorschrift des § 888 dahin zu entscheiden, daß der Dritte verpflichtet ist, der Eintragung des Beteiligten als Eigentümer seine Zustimmung zu erteilen. Der entsprechende Anspruch des Gläubigers ist allerdings auf die Vormerkung zurückzuführen, aber nicht weil der vorgemerkte Anspruch die Wirkung des Eigentumsanspruchs hätte, sondern weil ihm gegenüber der Eigentumserwerb des Dritten unwirksam ist.

Kretzschmar beruft sich auf die Ordnungsvorschrift der CPO. § 772. Aber auch sie steht der Zwangsversteigerung des von einer Vormerkung auf Auflassung betroffenen Grundstücks nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift soll allerdings, „solange ein Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 des BGB. bezeichneten Art besteht, der Gegenstand, auf welchen es sich bezieht, wegen eines persönlichen Anspruchs oder auf Grund eines infolge des Verbots unwirksamen Rechts nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert werden". Allein die Vormerkung ist nicht ein Veräußerungsverbot, obwohl sie eine gewisse Verwandtschaft mit ihm hat. Die eine wie die andere Maßregel beschränkt denjenigen, gegen welchen sie sich richtet, in der Verfügung über den Gegenstand. Aber die Vormerkung wirkt einerseits stärker, weil sie das

Grundstück selbst ergreift (Erl. 3a), andererseits schwächer, weil sie uneingetragen überhaupt keine Wirkung hat, und auch die Voraussetzungen der Eintragungen beider sind verschieden (s. Neumann a. a. O.). Das Motiv, auf welchem der § 772 der CPO. beruht, trifft freilich auch bei der Vormerkung zu, weil diese ebenso wie das Veräußerungsverbot das hinter sich hat, daß im Falle der Zwangsversteigerung der Ersteher nur ein unsicheres Recht erlangen kann. Aber das BGB. behandelt beide Institute unabhängig von einander, und darum kann eine Ordnungsvorschrift, die nur zum Schutze des Veräußerungsverbots gegeben ist, nicht ohne weiteres auch auf die Vormerkung angewendet werden (vgl. § 888).

d) Über die **Wirkung der Vormerkung gegenüber dem Erben** des Verpflichteten s. § 884 nebst Erl.

e) Die zweite Kommission hat einen Antrag, die Erstreckung des Rechtes aus der Vormerkung auf das **Zubehör des Grundstücks** ausdrücklich auszusprechen, abgelehnt, weil die Vorschrift entbehrlich sei; regelmäßig werde der Anspruch auf das Grundstück auch auf das Zubehör mit gerichtet sein und demnach die Rechtswissenschaft wohl ohne Bedenken zu dem Satze gelangen, daß die Vormerkung, welche jenen Anspruch dinglich zu sichern bestimmt sei, auch das Zubehör mitumfasse; wo es notwendig erscheine, werde der Gläubiger neben der Vormerkung eine einstweilige Verfügung hinsichtlich des Zubehörs erwirken können (P. II Bd. 3 S. 741, 747). Dieser Erwägung folgend, wird man die Vorschrift des § 883 Abs. 2 auch auf das zur Zeit der Eintragung der Vormerkung vorhandene, von dem Anspruche mitumfaßte Zubehör entsprechend anzuwenden haben (s. Biermann a. a. O. S. 201 ff., Othmer a. a. O. S. 83 ff.).

f) Durch die Vormerkungen wird im allgemeinen eine Sperre des Grundbuchs nicht herbeigeführt; der Verpflichtete ist zu Verfügungen über sein Recht befugt (Erl. 3a). Hiervon wird man jedoch eine Ausnahme machen müssen, wenn eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Übertragung oder Belastung eines begrenzten Rechtes an einem Grundstück eingetragen ist, indem man **die Aufhebung dieses Rechtes von der Zustimmung des Gläubigers des vorgemerkten Anspruchs abhängig macht.** Hierfür kann man sich auf den § 876 berufen. Aber auch wenn man diesen Paragraphen weder unmittelbar (s. Othmer a. a. O. S. 94 ff.) noch entsprechend (s. Erl. 2 a. E.) anwenden will, führt zu derselben Entscheidung doch die Erwägung, auf Grund deren oben S. 78 Vorbm. VI 3a dem Gemeinschuldner die Befugnis zur Löschungsbewilligung abgesprochen ist, daß nämlich durch die Löschung des von der Vormerkung betroffenen Rechtes diese selbst vereitelt werden würde, weil eine bedingte Löschung nicht zugelassen ist und nach der Löschung nichts mehr übrig bleibt, woran der Gläubiger sich halten könnte (s. Predari S. 206; Achilles-Strecker S. 120 Ziff. I a. E.; vgl. auch RG. 17 S. 228, KG. 16 S. 155, 23 S. A 250, Rspr. 3 S. 223; a. M. die vorige Aufl. S. 103 Erl. 2c, Biermann S. 72 Erl. 2, Reichel a. a. O. S. 121).

g) Über die ebenfalls bestrittene Anwendung des § 878 s. Erl. 1b zu § 885.

h) **Der § 889** findet auf die Vormerkungen keine Anwendung. Durch eine Vereinigung von Forderungsrecht und Schuld in einer Person erlischt der gesicherte Anspruch und damit die Vormerkung (Rspr. 6 S. 123; a. M. Othmer a. a. O. S. 93 f.; Fuchs S. 140 Erl. 2).

i) Größtenteils unanwendbar sind auch die Vorschriften der §§ 891 ff. über die **Rechtsvermutungen**, die sich an die Eintragung und die Löschung knüpfen, und über den **öffentlichen Glauben des Grundbuchs.** Vor allem steht der gesicherte Anspruch nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens und für sein Bestehen streitet keine Vermutung. Dagegen wird der § 891 insofern entsprechende Anwendung finden dürfen, daß der Gläubiger des Beweises der materiellrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung der Vormerkung überhoben ist (s. Biermann S. 77 Erl. 2d, Fuchs S. 122 Erl. 20a). Wenn ferner der Buchberechtigte die Eintragung einer Vormerkung bewilligt hat, so kann sich, da auf diese Bewilligung die Vorschriften über Verfügungen, insbesondere auch der § 893 entsprechende Anwendung finden (s. Erl. 2 a. E.), der Gläubiger hierauf auch dem wirklichen Berechtigten gegenüber berufen (a. M. Biermann S. 84 Erl. 6b) und auch dem Erwerber des vorgemerkten Anspruchs wird man hinsichtlich der materiellrechtlichen Voraussetzungen der Vormerkung, insbesondere, wenn die Vormerkung auf Grund einer Bewilligung eingetragen ist, hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit und der Verfügungsbefugnis des Bewilligenden in entsprechender Anwendung des § 892 den Schutz des öffentlichen Glaubens zuteil werden lassen müssen. Jedoch sind die Ansichten hierüber sehr geteilt (vgl. Biermann a. a. O. S. 187 ff., Fuchs S. 122, Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 14 ff., Othmer a. a. O. S. 86 ff., Ramdohr in Gruch. 44 S. 352).

§. 884. Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, kann sich der Erbe des Verpflichteten nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen.

---

k) Über die Zulässigkeit des **Berichtigungsanspruchs** und der Eintragung eines **Widerspruchs** in Beziehung auf Vormerkungen vgl. Erl. 2 zu § 886, Erl. II 3 zu § 894 und Erl. 2 zu § 899.

l) Der § 902 findet auf Vormerkungen keine Anwendung; die gesicherten Ansprüche sind **verjährbar.** Die zweite Kommission hatte beschlossen, dies im Gesetz ausdrücklich auszusprechen (P. II Bd. 3 S. 118, s. auch S. 751 Ziff. II). Die Bestimmung fehlt aber im Gesetz und auch schon im E. II § 817; sie ist in der Tat überflüssig, wenn man der hier (Erl. 2) vertretenen Ansicht über die Natur der Vormerkungen folgt (vgl. Reichel a. a. O. S. 82 ff.; a. M. Othmer a. a. O. S. 69 f., 75 f., 99 ff.).

m) Schließlich enthält das Gesetz für **Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek, einer Grundschuld, einer Rentenschuld oder eines Pfandrechts** noch einige Sondervorschriften. Sie sind den Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Pfandrechten hinsichtlich der Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte (§ 439 Abs. 2) sowie hinsichtlich der Wirkungslosigkeit des Zwangsvergleichs (KO. § 193) gleichgestellt. Auch die Vorschriften der §§ 1120 ff. sind auf die Hypothekenvormerkungen nach dem unter e gesagten entsprechend anwendbar. Dagegen finden die Vorschriften über die Eigentümerhypotheken und infolgedessen auch die Bestimmung des § 1179 auf Hypothekenvormerkungen keine Anwendung (KG. 25 S. A 170, Rspr. 6 S. 123; a. M. Othmer im Arch. f. Bürg. R. 23 S. 169, Dernburg III S. 616 § 220 Ziff. II 1). Auch die Hypothekenklage und die Gefährdungsklage aus § 1133 stehen dem Berechtigten nicht zu (a. M. Othmer S. 112 a. a. O. S. 102, Fuchs S. 115 Erl. 9, Dernburg III S. 659 § 237 Ziff. 3).

4. **Wird der Anspruch,** den die Vormerkung sichern soll, auf einen anderen **übertragen,** so geht auf diesen auch die durch die Vormerkung begründete Rechtsstellung des Gläubigers über, sofern nicht etwa der Übergang ausgeschlossen ist; letzterenfalls erlischt die Vormerkung (s. Erl. zu § 401; P. II Bd. 3 S. 751). Eine Form ist für die Übertragung nicht vorgeschrieben (§§ 413, 398 ff.); der § 873 findet keine Anwendung. Die Übertragung ist eintragungsfähig. Entsprechendes gilt von der **Belastung.**

5. Für die **Übergangszeit** vgl. Bd. VI Erl. zu Art. 192, RG. 49 S. 106, 52 S. 40, KG. 22 S. A 178, Rspr. 4 S. 197, 6 S. 404.

§ 884.

E. II § 804 a rev. § 869; III § 868. P. II Bd. 5 S. 779 f.

1. **Der § 884 bezweckt** den Schutz des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs gegen die Nachteile, die dem Berechtigten infolge des **Todes des Verpflichteten** erwachsen können. Dieses Ereignis ändert allerdings an sich den Anspruch des Berechtigten nicht, da der Erbe an die Stelle des Erblassers tritt (§ 1922, § 1967 Abs. 1). Wenn jedoch der Nachlaß zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht, so kann der Erbe unter den im Erbrechte bestimmten Voraussetzungen die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß geltend machen (§§ 1975 ff.). Dies untersagt der § 884 gegenüber der Vormerkung, entsprechend deren Charakter als eines dinglichen Sicherungsmittels (vgl. §§ 768, 1137, 1211).

2. **Voraussetzung** für die Anwendung des § 884 ist der Tod des Verpflichteten, d. h. desjenigen, gegen welchen der durch die Vormerkung gesicherte persönliche Anspruch gerichtet ist, nicht etwa des Dritten, dessen Zustimmung nach § 888 erforderlich ist (a. M. Endemann II S. 253 § 65 Anm. 21). Der § 884 hat auch wohl nur den Fall im Auge, daß die Vormerkung bereits vor dem Erbfall oder, wenn auch nachher, so doch auf Grund einer Bewilligung des Erblassers eingetragen ist (abw. Biermann S. 66, a. a. O. S. 161 f.). Wird sie zwar für einen gegen den Erblasser begründeten Anspruch, aber erst auf Grund einer Bewilligung des Erben eingetragen, so kann sich dieser schon nach den erbrechtlichen Vorschriften auf die Beschränkung seiner Haftung nicht berufen, da ihm diese gegen eigene Verfügungen und Geschäfte keinen Schutz gewähren. Dagegen ist die Wirkung einer Vormerkung, welche erst nach dem Eintritte des Erbfalls auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist, durch die Bestimmungen des § 1990 Abs. 2, des § 2016 Abs. 2 und der KO. § 221 Abs. 2 eingeschränkt (vgl. Fuchs S. 125 Erl. 4); ob

§. 885. Die Eintragung einer Vormerkung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird.

Bei der Eintragung kann zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstweilige Verfügung oder die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

---

die einstweilige Verfügung vor oder nach dem Erbfall erlassen ist, ist gleichgültig (Reichel a. a. O. S. 138).

3. **Nur insoweit als** der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, haftet der Erbe unbeschränkt. Wegen eines etwaigen Überschusses muß der Gläubiger die Einrede der beschränkten Haftung gegen sich gelten lassen (vgl. P. II a. a. O., Fuchs S. 124 Erl. 3).

4. Die Vorschrift des § 884 wird ergänzt durch die Bestimmungen des § 1971, des § 1974 Abs. 3 und des § 2016 Abs. 2, wonach das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und die im § 1974 geregelte Ausschlußfrist nicht gegenüber den Gläubigern vorgemerkter Ansprüche wirkt und dem Erben diesen gegenüber, von dem in Erl. 2 a. E. erwähnten Falle abgesehen, nicht die aufschiebenden Einreden der §§ 2014 f. zustehen.

§ 885.

E. II § 804 rev. § 870; III § 869. P. II Bd. 3 S. 108 ff., 115 f.; Bd. 4 S. 586. D. S. 659.

1. **Die materiellrechtliche Voraussetzung** der Eintragung einer Vormerkung bildet entweder eine einstweilige Verfügung oder eine Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten. Fehlt es an beiden, so ist die Vormerkung ohne Wirkung, sofern nicht nach dem S. 118 Erl. 3i gesagten dem Gläubiger der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite steht.

a) Die einstweilige Verfügung. Die Natur der Vormerkung als eines Schutz- und Sicherungsmittels bringt es mit sich, daß die Eintragung derselben auch gegen den Willen des Schuldners möglich sein muß. Es bedarf deshalb im einzelnen Falle einer Entscheidung darüber, ob von diesem Mittel Gebrauch gemacht werden soll. Da es sich aber nur um eine vorläufige Maßregel handelt, so ist die Form, in welcher die Entscheidung zu geben ist, nach § 885 Abs. 1 Satz 1 die einstweilige Verfügung. Eine solche wird von dem Gerichte nach näherer Bestimmung der CPO. §§ 935 ff. erlassen; jedoch ist nach Satz 2 die Glaubhaftmachung einer besonderen Gefährdung des Anspruchs nicht erforderlich, da diese mit der Grundbucheinrichtung von selbst gegeben ist, die Glaubhaftmachung des Anspruchs (S. 112 f. Erl. 1) genügt.

Beschränkt sich das Gericht auf die Anordnung, daß eine Vormerkung einzutragen sei, so ist es Sache des Gläubigers, die angeordnete Eintragung bei dem Grundbuchamte zu erwirken (GBO. § 13 Abs. 2, §§ 29 f.). Das Gericht kann aber auch selbst die Anordnung ausführen, d. h. das Grundbuchamt um die Eintragung ersuchen (CPO. § 941, GBO. § 39).

Fraglich ist, ob die Vorschriften der CPO., nach welchen der Arrest durch Sicherheitsleistung des Schuldners abgewendet oder aufgehoben werden kann, auch im Falle der Anordnung einer Vormerkung anzuwenden sind (P. II Bd. 3 S. 116). Die entsprechende Anwendung der Bestimmungen über den Arrest und das Arrestverfahren wird freilich in der CPO. § 936 vorgeschrieben. Aber dem Zwecke der Vormerkung eines Anspruchs auf Auflassung oder auf eine andere Individualleistung würde es nicht entsprechen, wenn dem Gläubiger statt dieser Leistung eine Geldentschädigung aufgedrungen werden dürfte. Die Abwendung oder Aufhebung der Vormerkung durch Sicherheitsleistung des Schuldners wird daher nur dann gerechtfertigt sein, wenn das Recht, auf dessen Erwerb oder Aufhebung rc. der Anspruch des Gläubigers abzielt, lediglich auf eine Geldleistung aus dem Grundstücke gerichtet ist (vgl. RG. 55 S. 140).

Nach § 14 der KO. kann während der Dauer des Konkursverfahrens eine Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger in Ansehung der zur Konkursmasse gehörenden Grundstücke sowie der für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte an Grundstücken oder an eingetragenen Rechten nicht eingetragen werden. Die Eintragung ist absolut nichtig, während die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung seitens des

Gemeinschuldners nur den Konkursgläubigern gegenüber nach näherer Vorschrift der KO. § 7 unwirksam ist (s. Jaeger, KO. S. 120ff.).

b) Die Eintragungsbewilligung. Wenn die Eintragung einer Vormerkung von dem Schuldner bewilligt wird, so besteht kein Grund, den Gläubiger an das Gericht zu verweisen. Wer zur Einräumung oder zur Aufhebung eines Rechtes befugt ist, hat hiermit zugleich die Befugnis, eine vorläufige Eintragung zur Sicherung des Anspruchs auf die Rechtsänderung zu bewilligen. Zöge das Gesetz diese Folgerung nicht, so würde es ein praktisches Bedürfnis unbefriedigt lassen. Es kommt, namentlich bei dem Verkaufe von Grundstücken nicht selten vor, daß der Verkäufer, ohne seinem Rechte etwas zu vergeben, die Auflassung nicht sofort erklären kann, wohl aber überzeugt ist, daß der Käufer seinen Anspruch auf Auflassung dem Gerichte glaubhaft zu machen in der Lage sein würde. Weshalb nun in einem solchen Falle die Beteiligten den mit Kosten und Weiterungen verbundenen Weg über das Gericht gehen sollten, wenn sie den direkten, billigeren und leichteren Weg zum Grundbuchamte vorziehen, wäre kaum verständlich.

Von einer Einigung der Beteiligten im Sinne des § 873 hängt die Vormerkung nicht ab (s. jedoch Fuchs S. 127, dagegen Biermann a. a. O. S. 148), weil durch sie ein Recht an dem Grundstücke weder eingeräumt noch geändert, sondern nur der Anspruch auf die Einräumung oder die Änderung gesichert wird. Aus diesem Grunde ist in der früheren Auflage auch der § 878 für unanwendbar erklärt; indessen da dieser nicht nur für die Einigung, sondern auch für die einseitige Aufgabeerklärung des § 875 gilt und da ferner die Vormerkung dingliche Wirkungen hat (S. 115 Erl. 2), dürfte die Ansicht, daß der § 878 auf die Bewilligung der Vormerkung entsprechende Anwendung findet, vorzuziehen sein (s. Predari S. 188f., Fuchs S. 129 Erl. 2c, S. 134, Jaeger KO. S. 121 Anm. 32, S. 196 Anm. 9; a. M. Turnau-Förster I S. 174, Biermann a. a. O. S. 185, Staudinger III S. 82; Reichel a. a. O S. 132).

Die Bewilligung muß, entsprechend der Vorschrift der GBO. § 19, von dem **Passivbeteiligten erteilt** werden (§ 885 Abs. 1 Satz 1; vgl. S. 74 Vorbm. III 4, S. 87 Erl. III 3, Achilles-Strecker S. 195f. Erl. 5a, S. 210f. Erl. 3; Fuchs S. 128). Die nach den §§ 876f., 880 zur endgültigen Eintragung erforderliche Zustimmung Dritter wird für die vorläufige Eintragung nicht gefordert.

Als eine Erklärung, die auf Bewirkung einer Eintragung in das Grundbuch abzielt, ist die Bewilligung eine **dem Grundbuchamte gegenüber** abzugebende, empfangsbedürftige Willenserklärung (vgl. hierzu S. 93f. Erl. 3b β zu § 875). Daß sie auch dem Berechtigten gegenüber erklärt werden könne, ist nicht gesagt. Eine **Form** ist nicht vorgeschrieben. Anders als der § 873 Abs. 2 und der § 875 Abs. 2 erfordert der § 885 keine „den Vorschriften der GBO. entsprechende" Bewilligung; die Wirkungen der Vormerkung treten also auch dann ein, wenn auf Grund einer den Vorschriften der GBO. § 29 nicht entsprechenden Bewilligung die Eintragung erfolgt sein sollte (s. Fuchs S. 129 Erl. 2c und in der Festgabe f. Wilke S. 103). Auch die Bindung des Bewilligenden ist an keine Förmlichkeit gebunden.

c) Die Eintragungsbewilligung wird nach CPO. §§ 894f. durch Urteil ersetzt. Wie jede Willenserklärung gilt auch die Eintragungsbewilligung des § 885 mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben, welches den Passivbeteiligten zur Bewilligung der Eintragung der Vormerkung verurteilt (CPO. § 894). Nach der Vorschrift der CPO. § 895 gilt ferner die Eintragung einer Vormerkung als bewilligt, wenn durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt wird, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll, wenn also das Urteil nicht auf Bewilligung der Eintragung der Vormerkung, sondern der endgültigen Eintragung lautet. Hierbei ist vorausgesetzt, daß die dingliche Rechtsänderung erst mit der Eintragung eintritt; handelt es sich um ein bereits bestehendes dingliches Recht, so gilt die Eintragung eines Widerspruchs als bewilligt. Zur Erwirkung der Eintragung auf Grund des Urteils bedarf es weder einer Vollstreckungsklausel noch der vorgängigen Zustellung des Urteils, da die Eintragung keinen Zwangsvollstreckungsakt bildet (a. M. Seuffert, CPO. II S. 600; Turnau-Förster I S. 116; Biermann a. a. O. S. 147). Ist das Urteil nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, muß die Leistung der Sicherheit nachgewiesen werden (a. M. Turnau-Förster und Biermann a. a. O. auf Grund des § 883 Abs. 1 Satz 2).

2. **Die formellen Voraussetzungen** der Vormerkung stimmen mit denen der endgültigen Eintragung grundsätzlich überein; insbesondere darf auch die Vormerkung regelmäßig nur ein-

getragen werden, wenn derjenige, dessen Recht von ihr betroffen wird, als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen ist (GBO. §§ 40, 41; s. ebd. § 14, CPO. § 896) und zur Eintragung einer Vormerkung bei einer Hypothek ꝛc. bedarf es gemäß der §§ 42—44 der GBO. der Vorlage der das. bezeichneten Urkunden. Zur Vorlegung dieser Urkunden, insbesondere des Hypothekenbriefs kann ein anderer als der Schuldner des zu sichernden Anspruchs nur auf Grund eines besonderen Verpflichtungsverhältnisses angehalten werden; der § 896 ist hier nicht entsprechend anwendbar (Rspr. 3 S. 98). Keine Anwendung auf die Eintragung von Vormerkungen finden dagegen die §§ 6, 27 der GBO. (zu § 6 vgl. RG. 20 S. A 77, RJA. 1 S. 158; a. M. für Belastungsvormerkungen Predari S. 72). Weiter ist hervorzuheben:

a) Wird das Grundbuchamt von dem Gericht ersucht, eine Vormerkung einzutragen, so ersetzt das Ersuchen die allgemeinen Voraussetzungen des Antrags und der Eintragungsbewilligung (GBO. §§ 13, 19, 39). Im übrigen ist die Sachprüfung, welche sonst der Buchbehörde obliegt, nicht ausgeschlossen (vgl. Achilles-Strecker S. 266 Erl. 2, RG. 23 S. A 224, 24 S. A 114, Rspr. 3 S. 3, 227).

b) Beantragt der Gläubiger die Eintragung, so darf diese nur erfolgen, wenn sie durch eine einstweilige Verfügung angeordnet oder von dem Schuldner bewilligt oder die Bewilligung gemäß CPO. §§ 894 f. durch Urteil ersetzt ist. Für die Anordnung sind ebenso wie für die Bewilligung die allgemeinen Vorschriften maßgebend, von deren Befolgung die GBO. in den §§ 28 ff. die Eintragung abhängig macht.

Die einstweilige Verfügung ist in Ausfertigung beizubringen; unter Umständen ist auch ihre Zustellung dem Grundbuchamte nachzuweisen, damit dieses die Wahrung der in der CPO. § 929 Abs. 2, § 936 vorgesehenen zweiwöchigen Frist prüfen kann (s. RG. 51 S. 129, Achilles-Strecker S. 184 f., andererseits Fuchs S. 133, Seuffert, CPO. II S. 653, Biermann a. a. O. S. 106 ff.; Reichel a. a. O. S. 169).

c) Auch der Schuldner ist nach der GBO. § 13 Abs. 2 berechtigt, die Eintragung der Vormerkung zu beantragen; der Antrag bedarf jedoch, wenn nicht eine der unter b bezeichneten Voraussetzungen dem Grundbuchamte vorliegt, der Beglaubigung (§ 30), weil er in diesem Falle zugleich die Bewilligung enthält. Auf diesem Wege kann der Gläubiger ohne sein Zutun und ohne sein Wissen eine Verbesserung seiner Rechtsstellung erlangen (abw. Fuchs S. 127).

d) In gewissen Fällen kann eine Vormerkung von Amtswegen eingetragen oder die Eintragung von dem Beschwerdegerichte dem Grundbuchamt aufgegeben werden (ebd. § 18 Abs. 2, § 76).

3. **Daß bei der Eintragung einer Vormerkung** auf die einstweilige Verfügung bezw. auf die Eintragungsbewilligung oder das dieselbe ersetzende Urteil Bezug genommen werden darf, rechtfertigt sich aus den Gründen, auf welchen der § 874 beruht. Eine besondere Bestimmung, wie sie der Abs. 2 des § 885 enthält, war notwendig, weil der § 874 nur die Eintragung von Rechten an einem Grundstücke betrifft, die Vormerkung aber kein Recht in diesem Sinne ist (P. II Bd. 4 S. 586). Vgl. im übrigen oben S. 91 f. die Erl. zu §. 874.

Von der Bestimmung des Abs. 2 abgesehen, enthält über den Inhalt der Eintragung einer Vormerkung weder das BGB. noch die GBO. eine Vorschrift. Das S. 90 Erl. IV 2 zu § 873 gesagte ist entsprechend (s. z. B. S. 114 Erl. 1 c zu § 883) anzuwenden und für Hypotheken- und Grundschuldvormerkungen sind auch die Vorschriften des § 1115 zu beachten (Rspr. 3 S. 3, s. ebd. S. 364; a. M. Biermann S. 69 u. a. a. O. S. 153, Reichel a. a. O. S. 173 f., Turnau-Förster I S. 180, Predari S. 200 f.). Zweifelhaft ist es, welche Bedeutung der fälschlichen Bezeichnung einer Vormerkung als Widerspruch oder umgekehrt beizulegen ist. Geht aus dem Eintragungsvermerke selbst hervor, daß ein persönlicher Anspruch auf eine Rechtsänderung gesichert werden soll, so ist die fälschliche Bezeichnung dieser Eintragung als Widerspruch unschädlich. Aber auch wenn nicht nur ein Vergreifen im Ausdrucke vorliegt, sondern als Widerspruch eine angeblich bereits eingetretene dingliche Rechtsänderung auf Grund eines Tatbestandes, der nur einen persönlichen Anspruch auf eine Rechtsänderung gewährt, eingetragen ist, darf man wohl eine Vormerkung als eingetragen ansehen, sofern die Identität des Tatbestandes aus dem Inhalte des Vermerkes oder der darin in Bezug genommenen Urkunden festzustellen ist; doch ist dies recht zweifelhaft (s. Turnau-Förster I S. 253 Erl. 6, Fuchs S. 108 f. Erl. 4; a. M. Biermann S. 69, a. a. O. S. 154).

Über die Stelle des Grundbuchs, an der die Eintragung zu erfolgen hat, entscheiden die Anordnungen der Landesjustizverwaltungen (z. B. preuß. Allg. Verf. v. 20. Novbr. 1899 § 14).

§. 886. Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, so kann er von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen.

---

§ 886.

E. II § 805 Abs. 1 rev. § 871; III § 870. P. II Bd. 3 S. 741 f., 748; Bd. 6 S. 222. D. S. 660.

1. Über die **Aufhebung der Vormerkung** enthält das BGB. keine allgemeine Vorschrift; in den §§ 886f. sind nur zwei Sonderbestimmungen getroffen. Der § 875 findet keine Anwendung (a. M. Fuchs S. 135 Erl. 10). Entsprechend den in § 885 geregelten Voraussetzungen der Vormerkung wird man für die Aufhebung ihrer Wirkungen, solange der gesicherte Anspruch besteht, stets die Löschung und außerdem eine Löschungsbewilligung des Berechtigten oder eine vollstreckbare Entscheidung fordern müssen, welche die der Eintragung zu Grunde liegende einstweilige Verfügung aufhebt (a. M. Biermann a. a. O. S. 224f., Turnau-Förster I S. 186 Erl. 5, nach denen auch eine zu Unrecht gelöschte Vormerkung der Wirkungen entbehren soll). Damit stehen die Vorschriften der GBO. über die formellrechtlichen Voraussetzungen der Löschung im Einklange. Die Löschung erfolgt nicht nur auf Grund der Bewilligung des Berechtigten gemäß §§ 13, 19ff., sondern, wenn die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist, auch auf Grund einer vollstreckbaren Entscheidung, durch welche die einstweilige Verfügung aufgehoben ist (GBO. § 25 Satz 1). Dies gilt entsprechend für die auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils gemäß § 895 der CPO. eingetragenen Vormerkung (ebd. Satz 2). Nach RG. 22 S. A 136 erfolgt die Löschung auf Grund des § 25 Satz 1 der GBO. als ein Akt der Vollstreckung der die einstweilige Verfügung aufhebenden Entscheidung. Diese muß daher, wenn der vorgemerkte Anspruch zum eingebrachten Gute einer Ehefrau gehört, nach § 739 der CPO. auch gegenüber dem Ehemanne vollstreckbar sein und die sonstigen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung müssen ebenfalls vorliegen.

Über die Löschung der von Amtswegen eingetragenen Vormerkungen s. GBO. § 18 Abs. 2 Satz 2, § 76 Abs. 2.

2. **Auch ohne Löschung erlischt die Vormerkung mit dem Anspruche,** der durch sie gesichert werden soll; da sie nur zu dessen Sicherung dient, kann sie ohne ihn weder entstehen noch fortbestehen (s. S. 115. Erl. 2 zu § 883). Eine erloschene Vormerkung darf im Grundbuche nicht stehen bleiben, da sie dem Passivbeteiligten, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich in der Verfügung über das von ihr betroffene Grundstück oder Recht beschränkt. Ist der vorgemerkte Anspruch — z. B. durch Zahlung oder durch Erlaß — erloschen, so ist das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht mehr im Einklange, der bisherige Gläubiger mithin nach § 894 verpflichtet, die Löschung der Vormerkung zu bewilligen, und die Löschung kann auch ohne Bewilligung auf den gehörigen Nachweis des Erlöschens hin erfolgen (GBO. § 22 Abs. 1, § 29).

3. **Der § 886 bezweckt** nun die Einführung eines dem Berichtigungsanspruche des § 894 entsprechenden Rechtsschutzes für den Fall, daß dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruch eine Einrede entgegensteht, durch welche die Geltendmachung dieses Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird. Da eine Einrede das Erlöschen des Anspruchs nicht herbeiführt, sondern den Schuldner nur berechtigt, die Leistung, auf welche der Anspruch gerichtet ist, zu verweigern (Bd. I S. 53), liegt in diesem Falle eine Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht vor. Wirtschaftlich unterscheidet sich aber ein Anspruch, der einer peremtorischen Einrede wegen nicht mit Erfolg geltend gemacht werden kann, nicht von einem erloschenen Anspruche. Daher behandelt der § 886 diesen Fall im wesentlichen ebenso wie der § 894 jenen.

4. **Die Voraussetzung des Anspruchs aus § 886** bildet eine Einrede in dem oben Bd. I S. 53 erörterten Sinne, durch welche die Geltendmachung des gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird. Eine sonstige Einwendung kommt nicht in Betracht, da sie das sofortige Erlöschen der Vormerkung zur Folge hat (Erl. 2), und eine aufschiebende Einrede (z. B. § 202 Abs. 2) nicht, weil sie die Wirkungen, des Anspruchs nur zeitweilig hemmt, nicht dauernd ausschließt. Als Beispiele sind die Einreden der Verjährung (s. S. 119 Erl. 31 zu § 883), der Rechtskraft, die Einreden aus den §§ 821, 853 ꝛc. zu nennen. Näheres bei Reichel a. a. O. S. 79ff.

5. **Der Anspruch geht auf** Beseitigung der Vormerkung. Hierin liegt ein — vielleicht nicht beabsichtigter — Unterschied von dem Anspruch aus § 894. Während der bisherige Gläubiger

§. 887. Ist der Gläubiger, dessen Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im §. 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erlischt die Wirkung der Vormerkung.

---

des erloschenen Anspruchs nach § 894 nur seine Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs zu erteilen braucht, ist der Gläubiger des durch eine Einrede entkräfteten Anspruchs nach § 886 verpflichtet, die Vormerkung zu beseitigen, d. h. sie löschen zu lassen, mithin seinerseits die Löschung nicht bloß zu bewilligen, sondern auch zu beantragen.

Auch bei einer Hypotheken- oder Grundschuld-Vormerkung hat der Anspruch diesen Inhalt; die Umschreibung in eine Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld kann nicht begehrt werden (RG. 25 S. A 170; s. S. 119 Erl. 3m).

6. **Der durch § 886 gewährte Anspruch ist ein dinglicher** (negatorischer), weil die wirkungslose Vormerkung durch ihre Eintragung das von ihr betroffene Recht beeinträchtigt (§§ 1004, 1007, 1027, 1065, § 1090 Abs. 2). Er steht daher nicht nur dem ursprünglich Betroffenen im Sinne des § 885 Satz 1, sondern jedem zu, dessen Recht durch die Eintragung beeinträchtigt wird, und ist auch im Konkurse des bisherigen Gläubigers wirksam, daher nach der KO. § 6 Abs. 2 von dem Konkursverwalter zu befriedigen (s. Jaeger, KO. S. 196 f. Anm. 9).

7. Dem § 886 **ähnliche Vorschriften** enthalten die §§ 1169, 1254.

8. Kann ein durch eine Vormerkung gesicherter Anspruch auf Eintragung eines Rechtes nicht mehr durchgeführt werden, weil die veränderte Gesetzgebung das einzutragende Recht (z. B. ein Nutzungspfandrecht) nicht mehr als eintragungsfähig anerkennt, so wird die Vormerkung gegenstandslos und damit löschungsreif (RG. 48 S. 61, 53 S. 415, JW. 1903 Beil. S. 116).

§ 887.

E. II § 805 Abs. 2 rev. § 872; III § 871. P. II Bd. 3 S. 742, 748. D. S. 660.

1. **Zweck der Vorschrift.** Ist die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen, so kann derjenige, dessen Grundstück oder Recht von ihr betroffen wird, die Aufhebung der Verfügung im Wege des Widerspruchs nach Maßgabe der CPO. §§ 924 ff. (§ 936) erwirken und die Löschung der Vormerkung nach der GBO. § 25 herbeiführen. Betritt er diesen Weg nicht oder gelangt er auf demselben nicht zum Ziele, so steht es ihm frei, auf Verurteilung des Gläubigers zur Bewilligung der Löschung zu klagen und, falls er die rechtskräftige Verurteilung erstreitet, auf Grund des Urteils die Vormerkung löschen zu lassen (CPO. § 894 Abs. 1; GBO. §§ 13, 19). Eine Vormerkung, die auf Bewilligung des Passivbeteiligten eingetragen ist, kann ohne Zustimmung des Gläubigers an sich nur mittels Klage beseitigt werden.

Der Prozeßweg ist besonders erschwert, wenn der Gläubiger unbekannt ist. Kommt dann noch hinzu, daß jahrelang niemand um die Vormerkung sich gekümmert hat, so spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Gläubiger bezw. dessen Rechtsnachfolger kein Gewicht auf die Stellung legen, welche durch die Vormerkung begründet wird. Die Sachlage ist in diesem Falle wesentlich dieselbe wie in dem Falle, für den der § 1170 die Ausschließung eines unbekannten Hypothekengläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens zuläßt. Der § 887 gestattet deshalb auch bei der Vormerkung das Aufgebot und die Ausschließung des Gläubigers, wenn die im § 1170 bestimmten Voraussetzungen gegeben sind.

2. **Das Aufgebot setzt** nach § 1170 **voraus**, daß der Gläubiger unbekannt, daß zehn Jahre verstrichen sind und daß der Anspruch nicht innerhalb der Frist von dem Passivbeteiligten anerkannt worden ist.

a) **Unbekannt** ist der Gläubiger, wenn man nicht weiß, ob derjenige, für welchen die Vormerkung eingetragen ist, oder sein bekannter Rechtsnachfolger noch lebt oder wer die Erben geworden sind. Eine Verdeutlichung des Gesetzes in diesem Sinne erschien der ersten Kommission unnötig. Dem Falle der Unbekanntheit ist der Fall gleichzustellen, daß derjenige, welcher als Gläubiger auftritt, sein Verfügungsrecht nicht nachzuweisen vermag (vgl. M. III S. 739 unter b, StB. S. 2788). Dagegen genügt es nicht, wenn lediglich der Aufenthalt des der Person nach bekannten Gläubigers unbekannt ist (s. Erl. zu § 1170).

§. 888. Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.

Das Gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist.

---

b) **Die zehnjährige Frist** beginnt mit der Eintragung der Vormerkung, wenn jedoch später noch eine Eintragung erfolgt ist, die sich auf die Vormerkung bezieht, mit dieser Eintragung.

Ist der vorgemerkte Anspruch aufschiebend bedingt oder betagt, so kann füglich die Frist nicht vor dem Eintritte der Bedingung oder der Zeit ihren Anfang nehmen (vgl. § 158 Abs. 1, § 163, § 198 Satz 1, § 883 Abs. 1 Satz 2; a. M. Predari S. 209; Reichel a. a. O. S. 180).

c) **Das Anerkenntnis** muß, um das Aufgebot auszuschließen, nach § 1170 Abs. 1 Satz 1 so beschaffen sein, daß es zur Unterbrechung der Verjährung des Anspruchs in Gemäßheit des § 208 geeignet ist; es muß also dem Gläubiger gegenüber, wenn auch nur stillschweigend, z. B. durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung, erklärt sein.

Die Beweislast hat derjenige, welcher das Aufgebot betreibt, d. h. er muß nach der CPO. § 986 dem Gerichte glaubhaft machen, daß nicht in der angegebenen Weise eine Anerkennung des Anspruchs erfolgt sei.

3. Für das **Aufgebotsverfahren** sind die allgemeinen Vorschriften der CPO. §§ 946ff. maßgebend; die besonderen Vorschriften, denen das Aufgebot in dem hier behandelten Falle unterliegt, ergeben sich aus den §§ 988, 1024. Antragsberechtigt ist derjenige, dessen Grundstück oder Recht von der Vormerkung betroffen wird, und außerdem derjenige, welcher auf Grund eines im Range gleich- oder nachstehenden Rechtes Befriedigung aus dem Grundstücke verlangen kann, sofern er für seinen Anspruch einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat (CPO. §§ 988, 984).

4. **Die Wirkung des Ausschlußurteils** geht dahin, daß die Wirkung der Vormerkung erlischt; der Anspruch, den die Vormerkung sicherte, bleibt unberührt. Das Grundbuch wird unrichtig; die Löschung der Vormerkung erfolgt auf Grund des Urteils nach näherer Bestimmung der GBO. § 13, § 22 Abs. 1, §§ 29, 30, 40ff. Alles dies gilt auch von der Hypotheken- und Grundschuld-Vormerkung; ein Übergang auf den Eigentümer, wie nach § 1170, findet nicht statt (s. S. 119 Erl. 3m zu § 883).

5. **Dem § 887 ähnliche Vorschriften enthalten die §§ 1104, 1112, 1269.**

§ 888.

E. II § 806 rev. § 873; III § 872. P. II Bd. 3 S. 743, 746. D. S. 660.

I. **Die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs** hat nichts besonderes, wenn nur das Recht des Schuldners zu überwinden ist. Der Schuldner hat, sobald der Anspruch ihm gegenüber liquide gestellt ist, die zu der Rechtsänderung erforderliche Erklärung abzugeben und die entsprechende Eintragung oder Löschung zu bewilligen. Auf Grund der erklärten oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzten Bewilligung kann dann der Gläubiger je nach der Beschaffenheit des Falles das Recht oder die Rechtsänderung eintragen oder löschen lassen (§ 873 Abs. 1, §§ 875, 877, 880; GBO. § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, §§ 19, 29 rc.; CPO. § 894 Abs. 1).

Weniger einfach ist die Verwirklichung des Anspruchs, wenn inzwischen der Schuldner in Konkurs verfallen oder eine nach § 883 Abs. 2 unwirksame Verfügung über das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht in das Grundbuch eingetragen worden ist.

1. **Die Eröffnung des Konkurses** über das Vermögen des Schuldners hat auf die materiellrechtlichen Wirkungen der Vormerkung keinen Einfluß (KO. § 24). Nur die formelle Änderung tritt ein, daß anstatt des Schuldners der Konkursverwalter den vorgemerkten Anspruch befriedigen, also namentlich die hierzu erforderliche Eintragung oder Löschung bewilligen muß. Hierzu ist er auch dann verpflichtet, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch auf einem

von dem Gemeinschuldner eingegangenen zweiseitigen Vertrage beruht, der auch von dem Berechtigten zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt ist. Der Konkursverwalter hat nicht das Recht, die Erfüllung des Vertrags auf Grund des § 17 der KO. zu verweigern, sondern hat auch in diesem Falle auf Grund des § 24 ebd. den gesicherten Anspruch zu befriedigen. (Die abw. Ansicht Streckers S. 115 f. stützte sich auf die KO. in der alten Fassung und wird gegenüber dem § 24 nicht aufrecht erhalten.) Näheres über die Wirkung der Vormerkung im Konkurse bei Jaeger, KO. S. 194 ff.

2. **Soweit eine Eintragung** (bezw. Löschung) nach § 883 Abs. 2 **unwirksam ist**, kann der Gläubiger die Wiederherstellung desjenigen Inhalts des Grundbuchs verlangen, den dasselbe hatte, als die Vormerkung eingetragen wurde. Die Wiederherstellung wird durch eine entsprechende Eintragung bewirkt. Diese darf aber nach dem formellen Konsensprinzipe (S. 75 Vorbm. V 3) nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht von ihr betroffen wird, sie bewilligt hat und wenn er als der Berechtigte eingetragen ist (GBO. §§ 19, 40, 41). Die Bewilligung des Schuldners genügt also nicht, um eine unwirksame Eintragung zu beseitigen; vielmehr ist auch die Zustimmung des eingetragenen Berechtigten erforderlich (BGB. § 185 Abs. 1, 2 Satz 1). Die Beschaffung der Zustimmung liegt dem Schuldner ob (P. II Bd. 3 S. 746), weil ohne sie die dem Anspruche des Gläubigers entsprechende Verbindlichkeit unerfüllt bleiben würde. Der Gläubiger kann daher auf Verurteilung des Schuldners zu der Beschaffung klagen. Aber der § 888 beschränkt ihn nicht auf diesen immerhin unsicheren Weg, sondern berechtigt ihn zugleich, die Zustimmung unmittelbar von dem eingetragenen Berechtigten zu verlangen. Letzterer kann sich zwar derselben Verteidigungsmittel gegen den vorgemerkten Anspruch bedienen wie der Schuldner. Wenn aber die Verpflichtung des Schuldners, die zur Verwirklichung des Anspruchs erforderliche Eintragung oder Löschung zu bewilligen, ihm gegenüber festgestellt wird, so muß er seine Zustimmung erteilen. Er ist hierzu nicht etwa erst dann verpflichtet, nachdem der Schuldner die Umschreibung bewilligt hat oder zu dieser Bewilligung rechtskräftig verurteilt ist, sondern der vorgemerkte Berechtigte hat die Wahl, ob er zuerst den persönlich Verpflichteten auf Erteilung der Bewilligung oder zuerst den Erwerber auf Erteilung der Zustimmung in Anspruch nehmen will, und letzterem stehen die Einreden aus dem der Vormerkung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis auch noch zu, nachdem der persönlich Verpflichtete bereits die Bewilligung freiwillig erteilt hat oder zu ihr rechtskräftig verurteilt ist (RG. 53 S. 28; zum Teil abw. Rspr. 4 S. 237, Predari S. 204, Reichel a. a. O. S. 117 Anm. 1, Turnau-Förster I S. 189, Fuchs S. 119). Hiervon gilt auch für den Fall keine Ausnahme, daß die unwirksame Verfügung zu Gunsten des Erwerbers erst nach der Rechtshängigkeit des vorgemerkten Anspruchs erfolgt ist, die Vorschriften der §§ 266, 325, 727 der CPO. finden bei der persönlichen Natur dieses Anspruchs keine Anwendung. Sie sind aber anwendbar, wenn nach der Rechtshängigkeit des dinglichen Anspruchs aus § 888 gegen den dritten Erwerber das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht veräußert wird (s. Biermann a. a. O. S. 215 ff., Reichel a. a. O. S. 110, a. M. in dem ersten Punkte Fuchs S. 119 f., Othmer a. a. O. S. 111, Dernburg III § 51 Anm. 10).

Die Verwirklichung des Anspruchs hätte freilich auch in der Weise geordnet werden können, daß die Verpflichtung des Schuldners durch eine nach § 883 Abs. 2 unwirksame Verfügung auf denjenigen, welcher mittels derselben zum Rechtserwerbe gelangte, insoweit überginge, als die zur Befriedigung des Anspruchs erforderliche Eintragung oder Löschung auf die Bewilligung des Erwerbers zulässig wäre (P. II Bd. 3 S. 740 ff.). Der Gesetzgeber hat aber ein praktisches Bedürfnis für eine solche Gestaltung nicht anerkannt, sondern den Zweck der Vormerkung als eines Mittels zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs dadurch zu erreichen geglaubt, daß der Gläubiger nach wie vor mit der Geltendmachung dieses Anspruchs an den ursprünglichen Schuldner verwiesen, der jeweilig eingetragene Berechtigte aber, ähnlich wie gegenüber einem Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 894), verpflichtet wird, seine grundbuchmäßige Zustimmung zur Verschaffung des Rechtes zu erteilen (ebd. Bd. 3 S. 746). Aus dieser Begründung der Vorschriften des Gesetzes ergibt sich zugleich, daß die Zustimmung ähnlich wie die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs im § 894 und anders als die Zustimmung gemäß §§ 876 f., 880, kein materiellrechtliches Erfordernis der Rechtsänderung ist; sie wird, wie erwähnt, auf Grund des die GBO. beherrschenden formellen Konsensprinzips gefordert und muß daher auch den Vorschriften der GBO. (§ 29) entsprechen (Predari S. 203).

Die praktischen Konsequenzen dieser Auffassung für die Verwirklichung vorgemerkter Ansprüche können bei der großen Mannigfaltigkeit der letzteren hier nicht erschöpfend erörtert, sondern nur für die Hauptfälle hervorgehoben werden.

a) **Ist ein Anspruch auf Einräumung des Eigentums vorgemerkt,** dann aber ein Dritter als Eigentümer eingetragen worden, so kann der Gläubiger nach § 888 Abs. 1 die Auflassung doch immer nur von seinem Schuldner nicht von dem Dritten fordern, von diesem vielmehr nur die Zustimmung dazu verlangen, daß er als Eigentümer eingetragen werde. Die Eintragung erfolgt, sobald Auflassung und Zustimmung formgerecht vorliegen, bezw. eine Ausfertigung des die fehlende Erklärung des Schuldners, oder des Dritten ersetzenden Urteils beigebracht wird (GBO. §§ 19, 20, 29, 40 Abs. 1; CPO. § 894 Abs. 1). Das Grundbuchamt hat freilich die Eintragung auch dann vorzunehmen, wenn der Dritte dem Gläubiger das Grundstück aufgelassen hat (§ 267). Aber dieser Weg erscheint, mindestens wenn Streit mit dem Schuldner zu besorgen ist, nicht so sicher wie der durch den § 888 vorgezeichnete, weil die Auflassung ohne Mitwirkung des Schuldners nicht beweist, daß dessen Verbindlichkeit durch sie hat erfüllt werden sollen.

Ist nach der Vormerkung das Grundstück mit einem Rechte belastet worden, so gehört zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs auch die Löschung des Rechtes. Das Grundbuchamt darf jedoch nur löschen, wenn die erklärte oder durch Urteil ersetzte Zustimmung des Berechtigten beigebracht wird (Rspr. 5 S. 296). Hat der Gläubiger seine Eintragung als Eigentümer erlangt, so kann es sich vielleicht fragen, ob nunmehr nicht nach der GBO. § 22 Abs. 1 zu verfahren, d. h. das Grundbuch als unrichtig anzusehen und deshalb das Recht auf den Nachweis seiner Unwirksamkeit zu löschen ist. Indessen dürfte die Frage zu verneinen sein, weil aus der Aufnahme des § 888 Abs. 1 neben dem § 894 entnommen werden muß, daß die Unwirksamkeit eines eingetragenen Rechtes nicht als ein Fall der Unrichtigkeit des Grundbuchs aufzufassen ist (s. Rspr. a. a. O.; Reichel a. a. O. S. 142; a. M. z. B. Biermann S. 72 Erl. 3, Oberneck S. 255). Ist das nach der Vormerkung eingetragene Recht eine Hypothek, so geht diese nicht auf den vorgemerkten Berechtigten als Eigentümergrundschuld über und dieser kann auch nicht an Stelle der Zustimmung zur Löschung den Verzicht des Hypothekengläubigers auf die Hypothek (§ 1168) fordern, denn die Hypothek ist, wenn der vorgemerkte Gläubiger von der Vorschrift des § 883 Abs. 2 Gebrauch macht, unwirksam und daher des Überganges auf den Eigentümer unfähig (s. Erl. 2 zu § 1163; a. M. Predari S. 204).

b) Ein gegen den Eigentümer **vorgemerkter Anspruch auf Einräumung eines Rechtes an dem Grundstücke** wird durch Eintragung des Rechtes mit dem Range der Vormerkung verwirklicht (§ 883 Abs. 3, § 888 Abs. 1). Die Eintragung setzt voraus, daß ähnlich wie im Falle a die Bewilligung des Schuldners, außerdem, sofern das Grundstück inzwischen veräußert ist, die Zustimmung des neuen Eigentümers und, wenn es nach der Vormerkung mit einem Rechte belastet ist, auch die Zustimmung des Berechtigten dem Grundbuchamte vorliegen (a. M. hinsichtlich der Zustimmung des letzteren Turnau-Förster I S. 188, Biermann a. a. O. S. 207, Fuchs S. 139; Reichel a. a. O. S. 115, 118).

c) Wird nicht das Grundstück unmittelbar, sondern **ein eingetragenes Recht von der Vormerkung betroffen,** so ist der Anspruch des Gläubigers, wenn er auf den Erwerb oder die Belastung des Rechtes gerichtet ist, gegen den Berechtigten in einer der Behandlung des Falles b entsprechenden Weise zu verwirklichen.

Die Frage, wie zu verfahren ist, wenn das von der Vormerkung betroffene Recht inzwischen aufgehoben ist, erübrigt sich, wenn man der oben S. 118 Erl. 3 f zu § 883 vertretenen Ansicht folgt, daß zu der Aufhebung die Zustimmung des Gläubigers des vorgemerkten Anspruchs erforderlich ist. Eine ohne diese Zustimmung erfolgte Löschung führt nach dieser Ansicht das Erlöschen des Rechtes nicht herbei und erzeugt den Berichtigungsanspruch (vgl. S. 95 Erl. 1, 3 zu § 876). Folgt man dagegen der in der vorigen Auflage vertretenen abweichenden Meinung, so ist die Aufhebung nur dem vorgemerkten Gläubiger gegenüber unwirksam. Dieser kann je nach der Einrichtung des Grundbuchblatts und den für solche Fälle getroffenen Anordnungen der Landesjustizverwaltungen (GBO. § 1 Abs. 2) entweder die Löschung des Löschungsvermerkes (vgl. sächs. VO. v. 26. Juli 1899 §§ 74, 112, 124) oder die Wiedereintragung des gelöschten Rechtes fordern (S. 94 Erl. 4). Diese wie jene erfolgt auf die Bewilligung bezw. Zustimmung des Schuldners, des bisherigen Berechtigten, sofern dieser ein anderer ist als der Schuldner, des Eigentümers und der sonstigen Personen, für welche Rechte eingetragen sind, die dem gelöschten Rechte im Range gleich- oder nachstehen. Jeder dieser Beteiligten ist infolge der Vormerkung dem Gläubiger zur Abgabe der entsprechenden Erklärung in beglaubigter Form verpflichtet.

d) Einfacher erscheint die Verwirklichung des **vorgemerkten Anspruchs,** wenn derselbe **auf eine Änderung des Inhalts oder des Ranges eines eingetragenen Rechtes oder auf Aufhebung eines solchen** gerichtet ist. Sie erfolgt dadurch, daß die Änderung in das Grundbuch eingetragen

§. 889. Ein Recht an einem fremden Grundstück erlischt nicht dadurch, daß der Eigenthümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigenthum an dem Grundstück erwirbt.

---

bezw. das Recht gelöscht wird. Voraussetzung der Eintragung sowohl wie der Löschung ist die Bewilligung des Schuldners und, wenn inzwischen über das Recht verfügt wurde, auch die Zustimmung desjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eingetragen ist.

II. Was der § 888 Abs. 1 für den Fall der Vormerkung bestimmt, gilt nach Abs. 2 auch dann, wenn der Anspruch des Gläubigers durch ein **Veräußerungsverbot** gesichert ist. Ein solches Verbot hat mit der Vormerkung das gemein, daß es gleich wie diese den Schuldner in der Verfügung über das von der Maßregel betroffene Recht beschränkt (§§ 135, 136, § 883 Abs. 2). Es rechtfertigt sich deshalb, zur Verwirklichung des Anspruchs dem Gläubiger in beiden Fällen die nämliche Rechtsstellung zu geben (s. jedoch Rspr. 5 S. 143). Die Vorschrift der KO. § 13 (S. 116 Erl. 3a) bleibt selbstverständlich unberührt.

§ 889.

E. I § 835; II § 807 rev. § 874; III § 873. P. I S. 4347 ff., 4426 f., 4380 f., 5196 ff.; M. III S. 201 ff. P. II Bd. 3 S. 73.

1. **Der Grund für die Aufnahme** des § 889, durch den der römischrechtliche Grundsatz von dem Erlöschen der dinglichen Rechte durch Konfusion für die Rechte an Grundstücken beseitigt wird, ist vor allem in der Rücksicht auf das Institut der Eigentümerhypothek zu finden. Durch ihre Zulassung war jener Grundsatz schon vor dem Inkrafttreten des BGB. in einer Anzahl deutscher Staaten durchbrochen worden; einige Landesrechte hatten ihn auch für andere Rechte an Grundstücken beseitigt (s. M. III a. a. O.). In der Tat scheint das römische Prinzip in ein Rechtssystem nicht zu passen, welches die Rechte am Grund und Boden aufs engste mit einem öffentlichen Buche verknüpft; es würde die Zahl der unerwünschten Fälle, in welchen der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch steht (§ 894) und der Rechtserwerb durch den öffentlichen Glauben des Buches geschützt werden muß (§ 892), in bedenklicher Weise steigern, eine angemessene Regelung des Falles aber, in welchem das mit dem Eigentum in derselben Person zusammentreffende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist (§ 876), unmöglich machen und, was am schwersten ins Gewicht fällt, den Vorteil aus der Abfindung des Berechtigten, die regelmäßig aus dem Vermögen des Eigentümers erfolgt, nicht diesem oder dessen persönlichen Gläubigern, sondern einem gleich- oder nachstehenden Berechtigten, der auf eine Verbesserung des Ranges seines Rechtes nicht den mindesten Anspruch hat, zu gute kommen lassen. Der § 889 schließt diese Unzuträglichkeiten aus; er fördert überdies die Kreditfähigkeit des Eigentümers, da auf eine voreingetragene Hypothek oder Grundschuld weit leichter Geld zu bekommen ist als auf eine solche, die an letzter Stelle im Grundbuch eingetragen wird. Über die Zweckmäßigkeit der Eigentümerhypothek ist man jetzt ziemlich allgemein einverstanden. Sicherlich ist das Bedürfnis für eine Vorschrift, wie sie der § 889 aufstellt, auf dem Gebiete des Verkehrs mit Hypotheken und Grundschulden am dringendsten; es kann aber auch bei anderen Rechten, namentlich Erbbaurechten, Grunddienstbarkeiten und Reallasten, sich geltend machen. Jedenfalls hat die allgemeine Zulassung von Rechten am eigenen Grundstück eine bemerkenswerte Vereinfachung des Systems zur Folge.

2. Die Frage nach der **juristischen Konstruktion** eines solchen Rechtes neben dem Eigentume hat dem § 889 gegenüber kaum mehr als theoretische Bedeutung (a. M. Oberneck in Gruch. 47 S. 312 ff.). Der oft gehörte Einwurf, daß die Befugnisse, die das Recht gewähren könne, bereits in dem Eigentum enthalten seien, darf nach den Untersuchungen, deren Ergebnisse Jacubezky S. 212 wiedergibt, als abgetan betrachtet werden (vgl. jedoch Oberneck a. a. O.). Das Eigentum steht den übrigen Rechten an der Sache nach (S. 9). Ein solches Recht wirkt aber nicht bloß gegen das Eigentum, sondern auch gegen die ihm im Range gleich- oder nachstehenden Rechte. Gegen diese vermag es auch dann sich zu betätigen, wenn der Eigentümer der Berechtigte ist. Weshalb die Konsequenzen hiervon nicht auch für das Gebiet der beweglichen Sachen gezogen sind, kann hier auf sich beruhen. Für das Gebiet der Grundstücke durften sie unbedenklich gezogen werden, da in der Bucheinrichtung das Mittel gegeben ist, das Fortbestehen des Rechtes neben dem Eigentum allen kundbar zu machen, die es angeht. Besteht aber das Recht fort, so hat der Eigentümer die Befugnisse des Berechtigten. Er kann namentlich das

§. 890. Mehrere Grundstücke können dadurch zu einem Grundstücke vereinigt werden, daß der Eigenthümer sie als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen läßt.

Ein Grundstück kann dadurch zum Bestandtheil eines anderen Grundstücks gemacht werden, daß der Eigenthümer es diesem im Grundbuche zuschreiben läßt.

Recht löschen lassen (§§ 875, 876) oder über dasselbe zu Gunsten eines anderen verfügen. Behält er das Recht, so vermag freilich, wenn dasselbe auf eine Leistung aus dem Grundstücke gerichtet ist, der Anspruch auf die Leistung sich nicht ohne weiteres zu betätigen (§§ 1117, 1197), aber nicht, weil er aus dem Rechte nicht mehr entstände, sondern deshalb, weil er infolge der Vereinigung des Rechtes und des Eigentums in einer Person als befriedigt gelten muß, soweit überhaupt das Grundstück die Befriedigung zu gewähren imstande ist. Wird dagegen von einem anderen das Recht des Eigentümers beeinträchtigt oder die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben, so fehlt es an jedem Grunde, die Betätigung dem Rechte um deswillen zu versagen, weil dasselbe dem Eigentümer zusteht. Veräußert der Eigentümer das Grundstück, so verbleibt ihm das Recht und treten dessen Wirkungen auch insoweit wieder in Kraft, als sie während der Vereinigung geruht hatten.

3. Durch den § 889 wird nur **das Erlöschen der Rechte an Grundstücken** durch Konfusion **ausgeschlossen**, nicht das Erlöschen von Nießbrauch und Pfandrecht an diesen Rechten (s. §§ 1063, 1072, 1256, 1273) sowie der Vormerkungen (S. 118 Erl. 3h zu § 883). Aus § 889 ist auch nicht die Zulässigkeit der Bestellung von Rechten an Grundstücken zu Gunsten des Eigentümers zu folgern (s. RG. 47 S. 202); dies ist nur hinsichtlich der Grundschuld und der Rentenschuld gestattet (§§ 1196, 1199). Über den Fall des Miteigentums vgl. § 1009 und über den des Gesamteigentums RG. 26 S. A 130. Dagegen ist die Anwendung des § 889 nicht auf eingetragene Rechte beschränkt.

4. Eine **Ausnahmebestimmung** enthält der § 1178 (s. auch §§ 1107, 1200).

§ 890.

E. I § 787 Abs. 2; II § 808 rev. § 875; III § 874. P. I S. 3340 ff.; M. III S. 56 ff. P. II Bd. 3 S. 13, 327 f., 550 ff.

Königsdörffer, Die Teilbarkeit der Grundstücke und die Hinzuschlagung in Sachsen seit dem 1. Januar 1900, im Sächs. Arch. 13 S. 24 ff., 169 ff., insbesondere S. 43 ff.

1. **Zweck der Vorschrift.** Aus den Vorschriften der GBO. §§ 2 ff. ist als Regel zu entnehmen, daß jedes Grundstück, welches in dem amtlichen Verzeichnis (oben S. 71 Vorbm. I 2) eine besondere Nummer oder einen besonderen Buchstaben hat, ein selbständiges Grundstück bildet (a. M. Königsdörffer a. a. O. S. 43 f.). Von dieser Regel nimmt der § 890 die Fälle aus in denen der Eigentümer mehrere Grundstücke zu einem einheitlichen Grundstücke verbunden hat oder vielmehr durch entsprechende Grundbuchoperationen hat verbinden lassen. Die Ausnahme bezweckt einerseits, dem Begriffe des Gutes (Bauernguts, Ackerwirtschaft ꝛc.) als einer wirtschaftlichen Einheit, auch wenn diese mehrere Grundstücke umfaßt, fernerhin wie bisher, namentlich in Norddeutschland, die rechtliche Bedeutung und Anerkennung zu sichern, andererseits, das Verfahren bei dem Grundbuch und bei der Errichtung von Urkunden dadurch zu vereinfachen, daß über mehrere Grundstücke, die der Eigentümer als ein einheitliches Ganzes behandelt, unter der Bezeichnung des Ganzen verfügt werden kann.

2. **Der § 890 unterscheidet**, den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend, **zwei Arten der Verbindung**, je nachdem die Grundstücke als rechtlich gleichwertige zu einem neuen Ganzen vereinigt werden (Abs. 1, sog. Vereinigung) oder das eine dem anderen als Bestandteil hinzugefügt wird (Abs. 2, sog. Zuschreibung oder Hinzuschlagung). Zwischen diesen hat der Eigentümer freie Wahl (teilweise a. M. Königsdörffer a. a. O. S. 44 f.).

3. **Beide Arten der Verbindung erfordern**, daß der Eigentümer der mehreren Grundstücke seinen auf die Vereinigung oder Zuschreibung gerichteten Willen erklärt und das Grundbuchamt der Erklärung gemäß die Verbindung im Grundbuche vermerkt.

a) **Dieselbe Person oder Personenmehrheit muß Eigentümer der mehreren Grundstücke sein.** Eine Verschiedenheit des Eigentums schließt die Verbindung aus. Den Grundstücken steht das Erbbaurecht gleich (s. Vorbm. 6 vor § 1012). Dagegen kann ein Miteigentumsanteil an

einem Grundstück einem anderen Grundstücke nicht als Bestandteil zugeschrieben oder mit ihm vereinigt werden (P. II Bd. 3 S. 327f.; a. M. KB. z. GBO. S. 3420).

Wenn mehrere Grundstücke als eine Einheit gebucht sind, kann nicht einem dieser Grundstücke, sondern nur dem einheitlichen Ganzen ein weiteres Grundstück als Bestandteil zugeschrieben werden (Rspr. 2 S. 407).

b) Die Erklärung des Eigentümers ist an sich nicht privatrechtlicher Natur, da sie nur die Einrichtung und Führung des Grundbuchs betrifft. Sie hat aber, wenn das Buch mit ihr in Einklang gesetzt ist, privatrechtliche Folgen. Daher wird man sie dem Eintragungs- und Konsensprinzip auch im materiellen Sinne unterwerfen müssen, so zwar, daß, wenn sie fehlt oder der Wirksamkeit ermangelt, auch die Eintragung der Verbindung unwirksam ist und jene Folgen, natürlich unbeschadet der Anwendung des § 892, nicht eintreten. Eine Verbindung von Amtswegen ist nicht zugelassen (a. M. für die Vereinigung Staudinger III S. 89).

Eine Form ist für die Erklärung materiellrechtlich nicht vorgeschrieben. Nach der GBO. soll die Eintragung nur erfolgen, wenn die Vorschrift des § 29 ebd. beobachtet ist.

Der Zustimmung der Berechtigten, denen begrenzte Rechte an den Grundstücken zustehen, bedarf es nicht.

c) Die Eintragung. Soll eine Vereinigung mehrerer Grundstücke eingetragen werden, so erhält das zu bildende Gesamtgrundstück zweckmäßig ein neues Blatt im Grundbuch; auf dieses Blatt werden die bisher selbständigen Grundstücke als Bestandteile des neuen Ganzen, und zwar jedes mit seinen Belastungen, übertragen. Ist für die Grundstücke ein gemeinschaftliches Blatt in Gemäßheit der GBO. § 4 angelegt, so steht seiner Verwendung für das Gesamtgrundstück nichts entgegen; es muß nur ersichtlich gemacht werden, daß die mehreren Grundstücke fortan ein einheitliches Grundstück bilden. Ebenso kann auch eines der bisher für die zu vereinigenden Grundstücke geführten Blätter als Blatt für das Gesamtgrundstück beibehalten werden.

Soll ein Grundstück einem anderen als Bestandteil zugeschrieben werden, so ist das Blatt des Hauptgrundstücks fortzuführen; sonst wird entsprechend ebenso verfahren wie bei der Eintragung einer Vereinigung.

d) Eine weitere Voraussetzung stellt die Ordnungsvorschrift der GBO. § 5 auf, nämlich daß von der Vereinigung oder Zuschreibung „**Verwirrung nicht zu besorgen ist**". Ob dies zutrifft, ist nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls zu entscheiden (Rspr. 6 S. 259). Vor allem wird die Verschiedenheit der Belastung der Grundstücke, die an sich keinen Hinderungsgrund für die Verbindung bildet, häufig die Besorgnis der Verwirrung rechtfertigen, denn sie ist nicht nur geeignet, die Übersichtlichkeit des Grundbuchs und dessen Führung erheblich zu stören, sondern auch das Zwangsversteigerungsverfahren in hohem Grade zu erschweren.

Darauf, ob die Grundstücke unmittelbar mit einander zusammenhängen oder in demselben Bezirke liegen, kommt es nach dem BGB. ebenfalls nicht an. Indessen greift auch hier die Vorschrift des § 5 der GBO. ein. Vgl. im übrigen Achilles-Strecker S. 158f.

e) Durch **Landesgesetz** kann nach dem EG. Art. 119 Nr. 3 sowohl die Vereinigung als auch die Zuschreibung **untersagt oder beschränkt** werden. Hinsichtlich der sog. Bahneinheiten vgl. EG. Art. 112.

4. Die Wirkung der Verbindung in Gemäßheit des § 890 besteht darin, daß die bisher selbständigen Grundstücke Bestandteile des Grundstücks bilden, zu oder mit welchem sie verbunden sind; darin liegt der wesentliche Unterschied der Verbindung von der Anlegung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblatts für mehrere selbständige Grundstücke nach § 4 der GBO., wie oben S. 71f. Vorbm. I 2 bereits hervorgehoben ist. Die Bestandteile gehören aber zur Kategorie der nichtwesentlichen (vgl. §§ 93—96). Daher bleiben ihre Belastungen von der Verbindung unberührt. Hiervon macht der § 1131 die Ausnahme, daß die Hypotheken an einem Grundstücke, dem nach § 890 Abs. 2 ein anderes als Bestandteil zugeschrieben wird, den neuen Bestandteil mit ergreifen, wenn auch nur mit dem Range nach den Rechten, mit welchen derselbe belastet ist. Dasselbe gilt nach §§ 1192, 1200 von den Grundschulden und Rentenschulden; auf andere Belastungen und auf Eigentumsbeschränkungen (z. B. die Fideikommißeigenschaft) ist dagegen die Vorschrift des § 1131 nicht auszudehnen (Rspr. 5 S. 314). Wegen der nur einen Bestandteil belastenden Rechte bleibt auch die Zwangsvollstreckung in diesen allein trotz der Verbindung zulässig (s. Fischer u. Schaefer S. 116).

§. 891. Ist im Grundbuche für Jemand ein Recht eingetragen, so wird vermuthet, daß ihm das Recht zustehe.

Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermuthet, daß das Recht nicht bestehe.

Verfügungen, welche nach der Verbindung über das Grundstück getroffen werden, erstrecken sich auf alle Bestandteile desselben. Soll sich die Verfügung auf einen oder einige Bestandteile beschränken, so sind die Vorschriften der GBO. §§ 3, 6 und die etwa von der Landesjustizverwaltung in Gemäßheit des § 96 erlassenen Bestimmungen zu beobachten (s. S. 72 Vorbm. I 3).

5. Über die **Teilung eines Grundstücks** hat das BGB. keine allgemeine Norm. Aus dem Wesen der Dinglichkeit (S. 8 ff.) folgt, daß die Belastungen sich an den Teilgrundstücken fortsetzen. Dieser Grundsatz wird indessen für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nicht vollständig durchgeführt (§ 1026, § 1090 Abs. 2). Vorbehalte für die Landesgesetzgebung finden sich im EG. Art. 119 Nr. 1, 2, Art. 120 Abs. 1, 2 Nr. 1, 3.

§ 891.

E. I § 826; II § 809 rev. § 876; III § 875. P. I S. 3636, 3725, 3918, 3920, 4435 ff.; M. III S. 138 ff., 153 ff. P. II Bd. 3 S. 48 f.

1. **Die beiden Rechtsvermutungen, welche der § 891 aufstellt, entsprechen dem Zwecke der Bucheinrichtung,** welche in den §§ 873 ff. vorausgesetzt wird. Denn wenn diese Einrichtung dazu bestimmt ist, allen, die es angeht, erkennbar zu machen, welche Rechte an einem Grundstücke bestehen (S. 10, 22), so kann füglich demjenigen, welcher sich für das Bestehen eines eingetragenen Rechtes oder für das Nichtbestehen eines gelöschten Rechtes auf das Grundbuch beruft, nicht angesonnen werden, die aus dem Buche nicht ersichtlichen Erfordernisse der Begründung bezw. des Erwerbes oder der Aufhebung des Rechtes darzulegen und zu beweisen. Die Berufung auf den Inhalt des Buches muß um so mehr genügen, als nach der GBO. §§ 13 ff. eine Eintragung oder eine Löschung nur erfolgen darf, wenn ihre gesetzlichen Voraussetzungen dem Grundbuchamte durch Urkunden nachgewiesen sind. Zwar decken sich diese Voraussetzungen nicht notwendig mit jenen Erfordernissen, da in der Regel ein Recht oder die Übertragung eines solchen schon dann einzutragen ist, wenn derjenige die Eintragung bewilligt, dessen Recht von derselben betroffen wird. Aber auch in diesen Fällen erscheinen die Vermutungen des § 891 gerechtfertigt, weil der Passivbeteiligte durch seine Eintragungsbewilligung unzweideutig zum Ausdrucke gebracht hat, daß die auf Grund derselben einzutragende Rechtsänderung nach der Eintragung von jedermann als bewirkt angesehen werden soll. Der Gedanke, der sich in dem § 891 betätigt, ist auch den Landesgesetzen, namentlich dem preuß. Ges. über den Eigentumserwerb ꝛc., nicht fremd, wenn auch in anderer Weise und nicht so allgemein wie in dem BGB. ausgesprochen (M. III S. 153 f.).

2. **Gegenstand der Vermutung** ist im Falle des Abs. 1 das Bestehen, im Falle des Abs. 2 das Nichtbestehen des Rechtes, während nach der CPO. § 292 nur Tatsachen vermutet werden. Der Unterschied beruht indessen nur in der Vorstellung. Denn im Grunde geht auch der § 891 davon aus, daß, wenn einmal eingetragen oder gelöscht ist, die Tatsachen eingetreten sind, aus welchen sich das Bestehen des eingetragenen oder das Nichtbestehen des gelöschten Rechtes ergibt (M. III S. 155; P. II Bd. 3 S. 49). Bei der Fassung des Gesetzes hat man freilich die Konstruktionsfrage nicht entscheiden, sondern nur klarstellen wollen, daß die Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchs einerseits auch in den Fällen, in welchen die Eintragung oder die Löschung nicht auf Grund eines besonderen Tatbestandes, sondern lediglich auf die Bewilligung des Passivbeteiligten erfolgt sei, Platz greifen müsse, andererseits aber auf rein tatsächliche Angaben des Buches, z. B. über die Lage oder die Größe des Grundstücks (RG. in Gruch. 46 S. 1155; s. Erl. I 1 zu § 892), auf Widersprüche und Verfügungsbeschränkungen nicht bezogen werden dürfe, in dieser Hinsicht vielmehr die Vorschriften der CPO. § 418 über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden, zu denen auch die Grundbücher gehören, ausschließlich maßgebend seien (P. II a. a. O.). Über die Anwendbarkeit des § 891 auf Vormerkungen vgl. S. 118 Erl. 3 i zu § 883.

Außer dem Bestehen des Rechtes wird nach Abs. 1 auch vermutet, daß der als Berechtigter Eingetragene wirklich der Berechtigte ist. Dagegen streitet für seine Geschäftsfähigkeit und unbeschränkte Verfügungsbefugnis keine Vermutung.

3. **Die praktische Bedeutung** des § 891 liegt vor allem auf dem Gebiete der Rechtsverfolgung. Wer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, kann alle Ansprüche, die aus dem Eigentume hervorgehen, geltend machen, ohne den Erwerb des Eigentums nachweisen zu müssen; er ist aber auch (vorbehaltlich seines Gegenbeweises, s. Erl. 4) verpflichtet, auf jeden Anspruch, der gegen ihn als Eigentümer erhoben wird, sich einzulassen, und die Zwangsvollstreckung in das Grundstück findet gegen ihn statt, ohne daß ein Mehreres als seine Eintragung von dem Gläubiger zu beweisen wäre (CPO. §§ 866, 869; ZVG. § 17). Ebenso ist bei Ansprüchen, die aus einem das Grundstück belastenden Rechte hergeleitet oder gegen den Berechtigten als solchen gerichtet werden, aktiv und passiv derjenige legitimiert, welcher als der Berechtigte eingetragen ist; für die Hypothek gelten besondere Vorschriften (vgl. §§ 1138, 1148, 1155, 1160 f. und über die Einschränkung des § 891 durch § 1117 die Erl. zu diesem Paragraphen).

Die Vorschriften des § 891 sind ferner für das Verfahren bei den Grundbuchämtern von praktischer Bedeutung. Vermöge der ihm beiwohnenden Vermutung der Richtigkeit bildet der Inhalt des Grundbuchs die Grundlage für weitere Eintragungen; es ist daher unzulässig, eine neue Eintragung abzulehnen, weil eine frühere unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt ist, denn dadurch wird die Vermutung noch nicht widerlegt (KG. 20 S. A 181).

Darauf, ob die Eintragung oder die Löschung zu den Erfordernissen der Rechtsänderung gehört oder diese nur beurkundet (oben S. 77), kommt es nicht an. Ebenso ist es gleichgültig, ob der eingetragene Berechtigte selbst sich unter den streitenden Teilen befindet; auf den § 891 kann sich jeder berufen, der an dem Bestehen eines eingetragenen Rechtes oder an dem Nichtbestehen eines gelöschten Rechtes ein Interesse hat.

4. Die Vermutung kann in beiden Fällen durch den **Beweis des Gegenteils** widerlegt werden, sofern nicht das Gesetz (z. B. § 892) die Widerlegung ausschließt. Da aber die Vermutung sich unmittelbar auf die Rechtsänderung erstreckt, so setzt die Widerlegung voraus, daß derjenige, welcher sie unternimmt, die Sachlage vollständig aufdeckt, d. h. die Tatsachen behauptet, aus welchen hervorgeht im Falle des Abs. 1, daß das Recht der Eintragung ungeachtet nicht entstanden oder erloschen ist (vgl. JW. 1903 Beil. S. 91), im Falle des Abs. 2, daß die Löschung zu Unrecht erfolgte, das Recht mithin noch fortbesteht. Diese Tatsachen bilden den Gegenstand der Beweisführung, können daher auch durch Eideszuschiebung nach näherer Bestimmung der CPO. §§ 292, 445 ff. bewiesen werden. Ein Beweis des Mangels der formellen Voraussetzungen der Eintragung oder Löschung genügt nicht (KG. a. a. O.).

5. **Die Anwendung des § 891 soll** nach Dernburg § 48 Ziff. 8 **ausgeschlossen sein**, „soweit Eintragungen im Grundbuche sich widersprechen". Zwei Fälle werden hervorgehoben:

a) „der Fall, wenn ein Widerspruch gegen die Eintragung eingetragen ist." Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs versagt allerdings in diesem Falle, d. h. die Eintragung gilt nicht als richtig, soweit ihr das durch den Widerspruch geschützte Recht entgegensteht. So lange aber dieses Recht nicht liquide gestellt ist, fehlt es an einem Grunde, der dazu nötigte, die Eintragung als unrichtig zu behandeln. Der Widerspruch ist für die Anwendung des § 891 an sich belanglos; er hat nur die Bedeutung, daß er den Beweis der Unrichtigkeit einer Eintragung, den der § 891 als zulässig voraussetzt, auch in den Fällen gestattet, in welchen sonst nach § 892 die Richtigkeit des Buches nicht in Frage gezogen werden könnte (a. M. außer Dernburg Fuchs S. 148 Erl. 4).

b) Der andere Fall, den Dernburg erwähnt, ist der, daß „das in Anspruch genommene Grundstück auf verschiedenen Grundbuchblättern und verschiedene Eigentümer dort eingetragen sind". Für diesen Fall ist Dernburg beizutreten. Denn die widersprechenden Eintragungen entkräften sich gegenseitig, so daß für keine von ihnen eine Vermutung streitet (ebenso Biermann S. 77, Oberneck S. 207, Turnau-Förster I S. 410 Erl. IV; anders die früheren Aufl.).

Über den Einfluß der mehreren Blätter auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs s. Erl. I 4 zu § 892.

6. Über die Anwendbarkeit des § 891 in der **Übergangszeit** vgl. Bd. VI die Erl. zu Art. 186.

§. 892. Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.

Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntniß des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach §. 873 erforderliche Einigung erst später zu Stande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend.

---

§ 892.

E. I § 837 Abs. 1, 2 Satz 2, § 844 Abs. 2; II § 810 rev. § 877; III § 876. P. I S. 3569 ff., 3583, 3607 f., 3611 ff., 3699 ff., 11938 ff.; M. III S. 208 ff. P. II Bd. 3 S. 75 ff., 214 f., 588 f., 707 f.; Bd. 6 S. 222, 386, 398. D. S. 660. RB. S. 1997.

Hachenburg, Das BGB., Vorträge 2. Aufl. 1900 S. 130 ff.; Rambohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB., in Gruch. 44 S. 115 ff., 324 ff., insbesondere S. 338 ff.

Der öffentliche Glaube, den der § 892 dem Grundbuche beilegt, sichert den Rechtserwerb, der durch das Buch vermittelt wird, zu Gunsten des Erwerbers in der Weise, daß die zu der entscheidenden Zeit vorhandenen Eintragungen und Löschungen als richtig anzusehen sind. Der Grundsatz selbst, seine geschichtliche Entwickelung und die Tragweite, die er, um dem Bedürfnisse des Verkehrs genügen zu können, in dem BGB. erhalten hat, wurden im allgemeinen bereits oben S. 20 ff. erörtert; die Punkte, in welchen er sich von dem Prinzipe der formalen Rechtskraft (S. 13) unterscheidet, sind S. 23 hervorgehoben. Im einzelnen ist noch folgendes zu bemerken:

I. Den Gegenstand des öffentlichen Glaubens bilden nur die S. 76 ff. besprochenen eintragungsfähigen Rechte an dem Grundstück und an den das Grundstück belastenden Rechten und Verfügungsbeschränkungen. Dies bedarf jedoch nach mehreren Richtungen der Erläuterung.

1. **Tatsächliche Nachrichten,** die das Grundbuch über das Grundstück, dessen Lage, Größe, Namen, Kulturart, Reinertrag, Nutzungswert, Bebauung ꝛc. enthält, werden nicht gewährleistet. Nach preuß. Rechte war dies streitig. Die Praxis zeigte sich geneigt, auch solchen Nachrichten, ja sogar den bezüglichen Angaben des Katasters, wenn das Grundbuch auf sie verweist, öffentlichen Glauben beizumessen (vgl. z. B. KG. 2 S. 89, 11 S. 91, 96, 17 S. 38; RG. 27 S. 240, 29 S. 198, 42 S. 200, 47 S. 276; Rspr. 5 S. 1; Koppers in Gruch. 36 S. 338 ff.; Neumann, Die Verbindung des Grundbuchs mit dem Steuerbuch 1893 S. 64 ff.). Das BGB. garantiert dem Erwerber zwar, daß der Inhalt des Grundbuchs richtig ist. Aber es versteht unter dem Inhalte nur dasjenige, was es selbst zur Aufnahme in das Buch bestimmt, also nur Nachrichten über Rechte und Verfügungsbeschränkungen, die, wenn sie unrichtig eingetragen oder gelöscht sind, der Berichtigung nach § 894 unterliegen (vgl. P. II Bd. 3 S. 11; M. z. GBO. S. 35; D. z. GBO. S. 3035; Rambohr a. a. O. S. 340 ff.; Kretzschmar im Recht 1903 S. 327; Predari S. 29, 34 ff., 167 f.; Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 9 ff.; Achilles-Strecker S. 152). Das Grundbuch bietet danach insbesondere keine Gewähr dafür, daß das eingetragene Grundstück auch wirklich existiert, daß es mit den im Grundbuch angegebenen Gebäuden oder sonstigen Bestandteilen versehen ist, daß die darauf befindlichen Gebäude oder anderen mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen Bestandteile sind und nicht etwa unter die Ausnahmevorschrift des § 95 fallen (s. Bd. I S. 168 Erl. 5 zu § 95), sowie daß die Grundfläche die angegebene Größe hat. Dies gilt auch für den Fall, daß die Unrichtigkeit der Angabe der Größe oder des Gebäudebestandes auf unrichtiger Annahme der Grenzen beruht. Hierüber herrscht jedoch viel Streit; insbesondere stellen auch die Grenzen, welche in den dem amtlichen Verzeichnisse (GBO. § 2 Abs. 2, oben S. 71 Vorbm. I 2) zu Grunde liegenden Karten aufgeführt sind, unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs Fuchs S. 155 f., Wolff

in Gruch. 45 S. 765 ff., Biermann S. 79 und unter gewissen Voraussetzungen auch Predari S. 35 f. und auch hinsichtlich des Gebäudebestandes sind Fuchs und Biermann abw. Meinung; s. auch Turnau-Förster I S. 207 f.

Nicht um bloß tatsächliche Angaben handelt es sich, wenn eine Parzelle, die im Grundbuch als Bestandteil eines Grundstücks eingetragen ist — sei es ausdrücklich oder durch Eintragung der Gesamtfläche, wie sie sich durch Zusammenrechnen der Flächen der Parzellen des Grundsteuerbuchs ergibt —, in Wahrheit zu einem anderen Grundstücke gehört (sog. Parzellenverwechselung). In diesem Falle betrifft der Inhalt des Grundbuchs die Frage, welche Teile der Erdoberfläche unter die im Grundbuch eingetragenen dinglichen Rechte fallen. Dieser Inhalt hat daher zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers als richtig zu gelten (RG. 25 S. A 98, 106; Rspr. 2 S. 492; Kretzschmar a. a. O.; Predari S. 35; Oberneck in Gruch. 43 S. 171 f.). Auch den Fall, daß bei der Aufstellung des amtlichen Verzeichnisses (GBO. § 2 Abs. 2) versehentlich zwei verschiedenen Eigentümern gehörende Grundstücke als ein Grundstück bezeichnet und entsprechend im Grundbuch eingetragen sind, wird man ebenso beurteilen müssen (s. Koppers im Recht 1901 S. 282, 534).

2. Von den **Rechten** scheiden diejenigen hier aus, denen das Grundbuch verschlossen ist, nach dem BGB. nur die Überbau- und die Notwegrente (§§ 913, 914, 917), nach dem ZVG. § 10 (s. auch preuß. AG. z. ZVG. Art. 1 ff.) auch andere Rechte, denen der Vorzug vor den eingetragenen Rechten beigelegt ist, aber auch Rechtsänderungen, die ohne Eintragung absolute Wirkung haben, namentlich die Übertragung verbriefter Hypotheken und Grundschulden nach Maßgabe der §§ 1153 ff., 1192, 1199. Inwiefern dem Hypothekenbrief und dem Grundschuldbrief öffentlicher Glaube zukommt, ist aus dem § 1155 ersichtlich. Bei der Hypothek erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch auf die Forderung und die dem Eigentümer zustehenden Einreden (§§ 1138, 1157), jedoch mit Ausnahmen wegen der Zinsen und anderen Nebenleistungen (§§ 1158, 1159).

Keine Rechte sind die Widersprüche; sie stehen nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (s. Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 96 ff.). Hinsichtlich der Vormerkungen s. oben S. 118 Erl. 3 i zu § 883.

Das Bestehen und der Inhalt der begrenzten Rechte an Grundstücken wird nur durch das über das belastete Grundstück geführte Grundbuchblatt gewährleistet. Das Grundbuchblatt, welches über ein Erbbaurecht oder ein diesem gleichgestelltes Recht geführt wird (S. 72 Vorbm. II 2), und der Vermerk eines subjektiv-dinglichen Rechtes auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks gemäß § 8 der GBO. (S. 73 Vorbm. III 3) sind für den Bestand des Rechtes nicht entscheidend.

3. Während die Vermutung des § 891 Abs. 1 auch auf **die eigene Eintragung des Erwerbers** sich bezieht, ist diese **nicht** unmittelbar Gegenstand des Schutzes, den der § 892 gewährt, sondern nur mittelbar, insofern nämlich, als sie von der Richtigkeit des bisherigen Buchinhalts abhängt. Mängel des Rechtsgeschäfts, welches zu dem Erwerb erforderlich ist, z. B. die Geschäftsunfähigkeit des anderen Teiles oder das Fehlen der Zustimmung einer Behörde oder eines Dritten, werden durch die Eintragung des Erwerbers nicht geheilt (s. Hachenburg a. a. O. S. 132). Erst wenn auf Grund dieser Eintragung weiter verfügt wird, gilt auch sie zu Gunsten desjenigen, welcher durch die Verfügung zum Rechtserwerbe gelangen soll, nach § 892 als richtig.

4. **Doppelte Buchung eines Grundstücks.** Als das Grundbuch, dessen Inhalt für die Rechte an einem bestimmten Grundstücke maßgebend erscheint, ist nach der GBO. § 3 Satz 2 (§ 88) nur dasjenige Blatt anzusehen, welches für dieses Grundstück angelegt ist. Es kommt aber vor, daß über ein und dasselbe Grundstück irrtümlich zwei Blätter geführt werden, die verschiedene Eigentümer und verschiedene Belastungen enthalten. Für dergleichen Fälle hat das vormalige Obertribunal zu Berlin angenommen, daß, soweit die Eintragungen auf den beiden Blättern einander widersprechen, sich keine Partei für die ihr günstige Eintragung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen könne (Entsch. 75 S. 333, 83 S. 270), und das Reichsgericht ist dieser Auffassung beigetreten (RG. 11 S. 278, 13 S. 248, 39 S. 241; Gruch. 33 S. 1069).

Jacubezky S. 217 macht hiergegen geltend, daß die in den Urteilen der beiden Gerichte liegende Ausnahme von dem öffentlichen Glauben des Buches dem Grundgedanken, auf welchem derselbe beruhe, widerspreche und mit der notwendig aus dem Zwecke der Bucheinrichtung sich ergebenden Vorschrift, daß es rechtlich für ein Grundstück nur ein Grundbuchblatt geben könne, sich nicht vereinigen lasse. Er hält dafür, daß für denjenigen, welcher im Vertrauen auf ein Grundbuchblatt erwerbe, dieses Blatt das Grundbuch bilde, andere Blätter nicht vorhanden seien; die

Rechtslage sei für den Erwerb die gleiche, wie wenn unmittelbar vor demselben das Grundstück von dem anderen Blatte auf das für den Erwerber maßgebende Blatt übertragen worden wäre, so zwar, daß die nicht mitübertragenen Rechte 2c. als gelöscht gelten müßten (GBO. § 47 Abs. 2). Da Jacubezky diese Rechtsstellung auch für denjenigen in Anspruch nimmt, welcher im Vertrauen auf das andere Blatt erwirbt, so führt seine Auffassung notwendig zu einer Bevorzugung des jüngeren vor dem älteren Erwerbe. Dieses Ergebnis aber erscheint nicht befriedigend. Ist z. B. für dasselbe Grundstück auf einem Blatte A, auf einem anderen Blatte B als Eigentümer eingetragen, so erlangt, wenn A das Grundstück dem C aufläßt, dieser mit seiner Eintragung das Eigentum unter Vernichtung der ihm entgegenstehenden Rechte auf dem Blatte des B. Veräußert dann aber, bevor die Sache aufgeklärt wird, B das Grundstück an D, so wird nach Jacubezky D Eigentümer; das Eigentum des C erlischt, und die auf dem Blatte desselben vorhandenen Eintragungen sind zu Gunsten des D als nicht vorhanden anzusehen. Es scheint überdies aus der GBO. § 3 Satz 2 gefolgert werden zu müssen, daß, wenn irrtümlich für ein Grundstück zwei verschiedene Blätter angelegt sind, diese beiden Blätter zusammen das Grundbuch bilden. Ist das aber richtig, dann sind auch die Entscheidungen des Obertribunals und des Reichsgerichts gerechtfertigt (vgl. Kretzschmar im Recht 1903 S. 328; Predari S. 173; Achilles-Strecker S. 154; zum Teil abw. Ramdohr a. a. O. S. 343 ff.; a. M. Staudinger III S. 92).

5. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich, sofern bei einer Eintragung in Gemäßheit des § 874 auf die **Eintragungsbewilligung** Bezug genommen ist, auch auf die Bewilligung, im übrigen aber nicht auf den Inhalt der Grundakten (vgl. GBO. §§ 94, 95).

II. Der Schutz, den der § 892 gewährt, **setzt** außer dem unter I gekennzeichneten Gegenstande **zweierlei voraus.**

1. Die eine Voraussetzung besteht in einem **Rechtsgeschäfte, welches auf den Erwerb eines Rechtes an dem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte gerichtet ist.**

a) Das Rechtsgeschäft ist nicht das obligatorische Geschäft (Kauf, Schenkung 2c.), sondern die zu der Rechtsänderung nach §§ 873, 877 ff., 925, 1154, 1192, § 1200 Abs. 1 erforderliche **Einigung** des Erwerbers mit demjenigen, auf dessen Willen der Erwerb zurückgeführt wird. Denn nur der Erwerber eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte wird nach § 892 geschützt. Der Erwerb eines obligatorischen Anspruchs gegen einen eingetragenen Berechtigten steht nicht gleich; demnach kann sich z. B. der Käufer eines Grundstücks vor der Auflassung und Eintragung sowie der Mieter und der Pächter auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen. Nur ein obligatorischer Anspruch und kein Recht im Sinne des § 892 erwächst auch dem Ersteher eines Grundstücks aus einer Abrede mit den Hypothekengläubigern, daß er die Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehme (Rspr. 6 S. 98).

Über die Erweiterung des Rechtsschutzes durch den § 893 s. die Erl. zu diesem.

b) Daß der Rechtsurheber des Erwerbers eingetragen ist sowie daß der letztere selbst eingetragen wird, ist nicht Voraussetzung für den Schutz in § 892. Auch derjenige, welcher von dem nicht eingetragenen Erben oder Zessionar des eingetragenen Berechtigten erwirbt, kann sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, aber nur der Inhalt des Grundbuchs gilt als richtig, also daß das Recht dem letzten eingetragenen Berechtigten zustand, nicht auch der Übergang auf den angeblichen Rechtsnachfolger wird dem Erwerber gewährleistet (s. Ramdohr a. a. O. S. 347 f.). Daß der nicht eingetragene Rechtsurheber selbst sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen kann, steht dem Schutze des Erwerbers nicht entgegen; es ist daher nicht völlig richtig, wenn in der vorigen Auflage S. 109 Erl. II 1a gesagt ist, daß der Erwerber sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nur insoweit berufen könne, als seinem nicht eingetragenen Rechtsurheber die Berufung zustand.

Die Berufung eines nicht eingetragenen Erwerbers auf den öffentlichen Glauben setzt natürlich einen der Fälle voraus, in denen sich der Rechtserwerb ausnahmsweise ohne Eintragung vollendet (S. 91 Erl. V 3 zu § 873).

c) Der § 892 schützt den rechtsgeschäftlichen Erwerb, gleichviel ob derselbe **gegen oder ohne Entgelt** erfolgt ist. Diese Abweichung von den Landesgesetzen, welche mit wenigen Ausnahmen nur dem entgeltlichen Erwerbe den Schutz zuteil werden ließen (M. III S. 212), rechtfertigt sich juristisch dadurch, daß die Frage, ob jemand für eine Sache oder für ein Recht an einer solchen etwas geleistet oder zu leisten hat, lediglich die obligationenrechtlichen Beziehungen der Beteiligten berührt, diese Beziehungen aber nach dem BGB. auf den Eintritt der Rechtsänderung ohne Einfluß sind. Hinzu tritt, daß die Rechtsanwendung erheblich erschwert werden

würde, wenn der unentgeltliche Erwerb nicht unter den Schutz des öffentlichen Glaubens gestellt wäre. Nur höchst selten liegt eine Schenkung klar zu Tage; meist erscheint sie durch Vereinbarung von Leistungen und Gegenleistungen verhüllt, so daß das Urteil über die Natur des Geschäfts an einer gewissen Unsicherheit leiden muß. Jedenfalls würde die Sicherheit im Rechtsverkehre, welche der § 892 auf eine feste Grundlage zu stellen bezweckt, nicht erreicht werden, wenn der Erwerber jahrelang gewärtigen müßte, sein Recht durch die Behauptung, daß er dasselbe ohne Entgelt erworben habe, in Frage gestellt zu sehen. Das BGB. hat aber, um den Billigkeitsrücksichten, auf denen die entgegenstehenden Bestimmungen der Landesgesetze beruhen, gerecht zu werden, demjenigen, welcher durch Anwendung des § 892 einen Rechtsverlust erleidet, unter § 816 ein Bereicherungsanspruch gegeben, der im Falle einer unentgeltlichen Verfügung auch gegen den Erwerber stattfindet (oben S. 24; vgl. auch RB. a. a. O.).

d) Der Schutz durch den öffentlichen Glauben beschränkt sich auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb. Nicht geschützt sind also die Fälle, in welchen das Gesetz die Rechtsänderung an einen anderen Tatbestand knüpft, die sog. gesetzlichen Erwerbsarten, vor allem der Erwerb durch Erbfolge, auch wenn diese in einer Verfügung von Todes wegen bestimmt ist (§§ 1922, 1937, 1841, 1967; anders beim Vermächtnis nach § 2174), aber auch die Vermögensverschiebungen, die mit der Eheschließung eintreten (§§ 1363, 1438, 1519), und der Rechtserwerb, der durch den Übergang des Vermögens einer erlöschenden juristischen Person auf den Fiskus vermittelt wird (§§ 46, 88; anders im Falle des § 47). Soweit in diesen und ähnlichen Fällen ein Rechtsgeschäft (Testament, Erbvertrag, Ehevertrag) in Frage kommt, fällt es nicht in die Kategorie, auf deren Schutz der öffentliche Glaube des Grundbuchs berechnet ist. Der § 892 hat, wie sein Zweck und Wortlaut ergibt, ein Rechtsgeschäft im Sinne, welches der Erwerber mit dem anderen Teile schließt, um ein diesem zustehendes Recht an dem Grundstück rc. zu erwerben. Die Verfügung von Todeswegen aber, durch die ein Erbe bestimmt wird, bezweckt das Vermögen des Verfügenden nach dessen Ableben dem Erben als Ganzes zuzuwenden; der Erwerb der einzelnen Rechte ist lediglich eine Folge des Vermögensüberganges auf den Erwerber. Mit dem Vermögen überkommt dieser ohnehin auch die vermögensrechtlichen Pflichten des Verstorbenen; er kann daher in Ansehung eines bestimmten Rechtes eine bessere Stellung als diejenige, welche der Erblasser hatte, durch den Erbfall nicht erlangen. Entsprechend ebenso verhält es sich mit dem Ehevertrage (sofern derselbe nicht auf Gütertrennung gerichtet ist); nur daß hier nicht das Vermögen des einen Ehegatten auf den anderen übergeht, sondern eine Vermögensgemeinschaft durch den Vertrag begründet wird. Dagegen sind die Fälle der Sondernachfolge in ein Vermögen einschließlich der Schulden (§§ 419, 2371 ff., HGB. § 25) nicht gleichzustellen, da in diesen Fällen die einzelnen Vermögensgegenstände durch Rechtsgeschäft auf den Erwerber übertragen werden; die Haftung des Erwerbers für die Schulden schließt die Berufung auf § 892 nicht aus, sondern kann nur möglicherweise eine persönliche Verpflichtung zur Beseitigung der Rechtsänderung erzeugen (Oberneck in Z. d. D. Not.Ver. 1901 S. 510; Biermann S. 83; a. M. KG. 22 S. A 143; Predari S. 165 Anm. 9, Staudinger III S. 94; Turnau-Förster I S. 205; s. auch Gruch. 46 S. 1155).

Zu den gesetzlichen Erwerbsarten gehören auch diejenigen Fälle, in welchen eine Hypothek kraft Gesetzes von dem Eigentümer des Grundstücks oder von dem persönlichen Schuldner erworben wird (vgl. z. B. § 1143, § 1163 Abs. 1 Satz 2, §§ 1164, 1167 ff.). Die Berufung des Erwerbers auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist jedoch in diesen Fällen nicht völlig ausgeschlossen. Wenn nämlich der Übergang der Hypothek eine Folge der Zahlung der Hypothekenforderung durch den Erwerber an den Gläubiger ist, tritt der Übergang auch dann ein, wenn der als Hypothekengläubiger Eingetragene oder der gemäß § 1155 legitimierte Besitzer des Briefes, an den der gutgläubige Eigentümer oder Schuldner gezahlt hat, nicht der wirkliche Gläubiger ist. Dies folgt aus § 893; der wirkliche Berechtigte muß die Zahlung und deshalb auch den Übergang der Hypothek, der lediglich eine Wirkung der Zahlung bildet, gegen sich gelten lassen (s. Hachenburg a. a. O. S. 181, Rambohr a. a. O. S. 359, Fuchs S. 461 Erl. 3e zu § 1143, Biermann S. 83 Erl. 6a, Brachvogel in Gruch. 47 S. 554 f.).

Zu den gesetzlichen Erwerbsarten gehören auch die Fälle der Begründung einer Sicherungshypothek ohne rechtsgeschäftliche Erklärung des Eigentümers auf Grund des FGG. § 54 oder der im EG. Art. 91 aufrechterhaltenen Landesgesetze (S. 91 Erl. V 2) sowie auf Grund des § 1287 Satz 2 (a. M. Hachenburg a. a. O. S. 180).

Nicht geschützt durch den öffentlichen Glauben ist der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung sowie des Arrestes, namentlich der Erwerb, der durch Pfändung oder Über-

weisung eines eingetragenen Rechtes oder durch Eintragung einer Zwangs- bezw. Arresthypothek erfolgen kann (CPO. §§ 830, 835—837, 857, § 866 Abs. 1, § 867 Abs. 1, § 870 Abs. 1, §§ 928, 932; JW. 1902 Beil. S. 272; RG. 54 S. 105; KG. 25 S. A 85); auch der Erwerb einer Sicherungshypothek auf Grund der CPO. § 848 Abs. 2 gehört hierher. Dies erscheint aus den S. 24 angegebenen Gründen gerechtfertigt. Für die Zwangsversteigerung ist durch die besondere Gestaltung des Verfahrens dafür gesorgt, daß der Übergang des Eigentums auf den Ersteher nach der Rechtskraft des Zuschlagsbescheids nicht in Frage gestellt werden kann (ZVG. §§ 45, 52, 90, 91, 93, 130). Kein Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung, sondern ein rechtsgeschäftlicher Erwerb ist aber derjenige, bei welchem die Erklärung eines der Beteiligten gemäß § 894 der CPO. durch rechtskräftiges Urteil ersetzt wird (CPO. § 898).

2. Die andere Voraussetzung des Schutzes, den der § 892 gewährt, ist **der gute Glaube des Erwerbers** (S. 23 ff.). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ist kein absolutes Dogma, welches um seiner selbst willen sich betätigen müßte, sondern ein nachgiebiger Grundsatz, den das Gesetz lediglich zur Sicherung des Verkehrs gegen Täuschungen durch das Grundbuch aufstellt und den es folglich nicht zur Anwendung kommen lassen darf, wenn eine solche Täuschung nicht vorliegt. Im übrigen hat aber der Grundsatz nach dem Zwecke der Bucheinrichtung das hinter sich, daß jeder Erwerb im Sinne des § 892 durch ihn gestützt wird, selbst wenn der Erwerber vorher das Grundstück nicht eingesehen hat. Die Vermutungen des § 891 haben hier die schärfere Bedeutung, daß sie nicht schon durch den Nachweis der Unrichtigkeit des Buches, sondern nur durch den hinzutretenden Beweis, daß der Erwerber die Unrichtigkeit gekannt, also nicht im Vertrauen auf den Inhalt des Buches gehandelt habe, widerlegt werden können. Der gute Glaube wird also, abweichend vom römischen Rechte (wie dieses gewöhnlich verstanden wird), aber im Einklange mit mehreren Landesgesetzen, namentlich den preußischen, zu Gunsten des Erwerbers nicht bloß vermutet, sondern stillschweigend vorausgesetzt, so zwar, daß der Erwerber, wenn der Erwerb oder dessen volle Wirkungen bestritten werden, seinen guten Glauben nicht zu behaupten geschweige denn zu beweisen braucht, sondern sich darauf beschränken kann, auf den Inhalt des Grundbuchs zu verweisen. Sache des Gegners ist es dann, einen der Gründe darzulegen und eventuell zu beweisen, durch welchen der gute Glaube des Erwerbers und mit ihm der öffentliche Glaube des Buches ausgeschlossen wird.

a) **Der Ausschließungsgrund kann in dem Buche selbst liegen.** Dies ist dann der Fall, wenn eine Eintragung, von deren Richtigkeit das von dem Erwerber beanspruchte Recht oder die Wirksamkeit des Rechtes abhängt, durch eine andere Eintragung entkräftet wird oder doch eine Minderung ihrer Wirksamkeit erleidet. Der Erwerber kann nicht geltend machen, daß er diese Eintragung nicht gekannt, mithin in gutem Glauben gehandelt habe. Das BGB. spricht zwar die in mehreren Landesgesetzen (z. B. im preuß. ALR. I 4 § 19 und im bayer. Hyp.Ges. § 25) aufgestellte Fiktion, daß niemand seine Unkenntnis des Buchinhalts für sich anführen könne, nicht ausdrücklich aus. Aber es steht doch im praktischen Erfolg insofern auf demselben Standpunkt, als es die zur Zeit des Rechtserwerbes vorhandenen Eintragungen gegen den Erwerber ohne Rücksicht auf dessen Kenntnis wirken läßt und auch der nachgewiesenen Unkenntnis einen Einfluß auf die Wirksamkeit nicht zugesteht (P. I S. 3568 f.).

Der Hauptfall, dessen der § 892 Abs. 1 Satz 1 Erwähnung tut, ist der, daß ein **Widerspruch** gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 899) eingetragen ist. Wer ungeachtet einer solchen Eintragung ein Rechtsgeschäft schließt, welches auf den Erwerb eines Rechtes an dem Grundstück oder an einem eingetragenen Rechte gerichtet ist, handelt auf eigene Gefahr. Wird das durch den Widerspruch geschützte Recht gegen ihn festgestellt, so wirkt es gegen seinen Erwerb gerade so, wie wenn es zur Zeit der Eintragung des Widerspruchs bereits endgültig eingetragen worden wäre (oben S. 81). Da es auf eine Kenntnis des Erwerbers von dem Widerspruche nicht ankommt, findet auch die Vorschrift des § 892 Abs. 2 über den maßgebenden Zeitpunkt keine Anwendung (a. M. Turnau-Förster I S. 221 Erl. 8; Hachenburg a. a. O. S. 162; vgl. auch Förster im Recht 1903 S. 351); zur Ausschließung der Berufung auf den öffentlichen Glauben genügt es, daß der Widerspruch zur Zeit des Erwerbes, also wenn zu diesem die Einigung und die Eintragung erforderlich und erstere vorausgegangen ist, zur Zeit der Eintragung des Rechtserwerbes gebucht ist. Von dem Widerspruche gilt in dieser Hinsicht nichts anderes als von sonstigen Eintragungen. Auch diese muß der Erwerber trotz seines guten Glaubens gegen sich gelten lassen, wenn sie vor der Eintragung seines Rechtes erfolgt sind (vgl. GBO. §§ 17, 46; Förster a. a. O.). Deshalb erstreckt die GBO. § 11 Abs. 1 Satz 2 das Recht auf Einsicht des Grundbuchs auf die noch nicht erledigten Eintragungsanträge.

Weitere Fälle, in welchen der Inhalt des Grundbuchs der Berufung auf den öffentlichen Glauben desselben entgegensteht, sind mit der Eintragung einer **Verfügungsbeschränkung** (S. 77 ff.) oder einer **Vormerkung** (S. 80 ff., 112 ff.) gegeben. Der § 892 gedenkt freilich nur der Verfügungsbeschränkung, weil nur bei dieser Zweifel entstehen könnten (S. 25). In Ansehung der Vormerkung aber bedurfte es keiner besonderen Bestimmung, weil bereits aus den Vorschriften des § 883 Abs. 2 und des § 888 sich ergibt, daß jeder Rechtserwerb, der nach der Vormerkung bewirkt wird, insoweit unwirksam ist, als er den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.

b) Enthält das Grundbuch keine Eintragung, welche die Berufung auf den öffentlichen Glauben ausschließt, so findet nach § 892 Abs. 1 Satz 1 die Ausschließung nur statt, wenn der Erwerber sich nicht in gutem Glauben befunden hat, d. h. **nur insoweit, als ihm die Unrichtigkeit des Buches bekannt gewesen ist.**

α) Nach dem E. I § 837 Abs. 2 Satz 1 mußte dem Erwerber die Kenntnis der die „Nichtübereinstimmung des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage" ergebenden Tatsachen nachgewiesen werden. Der E. II § 810 Abs. 1 Satz 1 änderte dies dahin ab, daß auch die Kenntnis der Unrichtigkeit des Buches genügen sollte. Die Änderung wurde indessen von der Mehrheit der Kommission nicht als eine sachliche angesehen; man wollte nur klarstellen, daß unter Umständen der Erwerber auch dann nicht auf den öffentlichen Glauben sich stützen könnte, wenn ihm vor dem Erwerbe von glaubwürdiger Seite ohne nähere Angabe der Tatsachen mitgeteilt worden wäre, daß das Buch in einem bestimmten Punkte an einer Unrichtigkeit leide (P. II Bd. 3 S. 85 f.). Bei der Schlußrevision wurde wieder die Gleichstellung einer Kenntnis der Tatsachen mit einer Kenntnis der Unrichtigkeit beseitigt, so daß in dem revidierten E. II der § 877 die Fassung erhielt, welche in dem BGB. der § 892 aufweist. Die Gründe, die zu dieser Änderung führten, gingen dahin: „Das Grundbuch solle über die Rechte an Grundstücken, nicht über die Tatsachen Aufschluß geben, aus denen sich die Rechte ergeben. Die Eintragung erfolge auf Grund einer amtlichen Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen, von welchen der Rechtserwerb abhängt; sie enthalte das Ergebnis der Prüfung, die amtliche Feststellung, daß die Voraussetzungen vorliegen, daß das Recht erworben ist. Diese Feststellung habe öffentlichen Glauben. Auf sie müsse sich der Verkehr verlassen dürfen, man dürfe dem einzelnen nicht zumuten, daß er die Schlußfolgerungen nachprüfe, auf Grund deren die amtliche Feststellung erfolgt ist, daß er zweifelhafte Rechtsfragen richtiger entscheide als das Grundbuchamt. Die Gleichstellung der Kenntnis der Tatsachen, aus welchen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt, mit der Kenntnis der Unrichtigkeit enthalte eine den Wert der Grundbucheinrichtung beeinträchtigende, die Sicherheit des Verkehrs gefährdende Abschwächung des öffentlichen Glaubens. Sie verfolge den Zweck, einer frivolen Berufung auf einen in Wirklichkeit nicht vorhanden gewesenen Rechtsirrtum entgegenzutreten. Dazu genüge aber die freie Beweiswürdigung; es sei nicht notwendig, den Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs teilweise aufzugeben" (P. II Bd. 6 S. 222).

Trotz dieser Begründung wird man der Abänderung des (ursprünglichen) Entw. II kaum eine große Tragweite beimessen können. Denn Fälle, in welchen der Berufung des Erwerbers auf den öffentlichen Glauben durch eine Tatsache entgegengetreten wird, welche seinerzeit der Prüfung des Grundbuchamts unterlegen hat, ohne zur Ablehnung der Eintragung zu führen, kommen erfahrungsgemäß nur sehr selten vor. Praktisch handelt es sich um Fälle, in welchen Tatsachen geltend gemacht werden, die vor der Eintragung nicht zur Sprache gebracht worden, aber dem jetzigen Erwerber bekannt gewesen sind. Folgert dann das Gericht aus diesen Tatsachen, daß die Eintragung unrichtig ist, so wird es auch der weiteren Folgerung, daß der Erwerber dies gewußt habe, bei freier Würdigung des Sachverhalts kaum je sich entziehen können und der Versicherung des Erwerbers, daß er der rechtlichen Bedeutung der Tatsachen sich nicht bewußt gewesen sei, keinen Glauben schenken. Denkbar sind immerhin auch Fälle, in denen diese Bedeutung so zweifelhaft erscheint, daß ein Irrtum bei ihrer Würdigung dem Erwerber nicht zugerechnet werden darf. In einem solchen Falle würde allerdings aus einer Kenntnis der Tatsachen nicht auf die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts geschlossen werden können.

Daß die Kenntnis des Erwerbers von einer älteren obligatorischen Verpflichtung seines Rechtsurhebers zu einer Rechtsänderung die Berufung auf den § 892 nicht ausschließt bedarf keiner Ausführung; das Grundbuch ist dadurch nicht unrichtig geworden. Nichts anderes gilt von der Kenntnis einer älteren Einigung, die nicht zu der Rechtsänderung geführt hat weil die hierzu erforderliche Eintragung nicht erfolgt oder wegen wesentlicher Mängel nichtig ist. Zu den wesentlichen Mängeln gehört jedoch z. B. das Fehlen der Unterschrift des Grundbuchbeamten nicht (GBO. § 45; s. jedoch Huther in Meckl. Z. f. Rechtspflege 20 S. 291 ff.).

Der Kenntnis der Richtigkeit einer eingetragenen Rechtsänderung steht nach § 142 Abs. 2 die Kenntnis der Anfechtbarkeit gleich, sofern die Anfechtung wirklich erfolgt (Bd. I S. 254 f. Erl. 5 zu § 142).

β) **Der Kenntnis steht die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis nicht gleich.** Diese Abweichung von dem Rechte der beweglichen Sachen (§ 932 Abs. 2) hat ihren Grund in der Erwägung, daß, wenn das Grundbuch sichere Auskunft über die Rechte an Grundstücken geben soll und deshalb von einer Behörde geführt wird, derjenige, welcher auf den Erwerb eines solchen Rechtes sich einläßt, nicht genötigt sein darf, Nachforschungen über die Richtigkeit dessen, was die Behörde festgestellt hat, vorzunehmen. Indessen liegt auch hier ein gewisses Korrektiv gegen frivoles Vorschützen grob fahrlässiger Unkenntnis darin, daß das Gericht vermöge einer freien Beurteilung des Sachverhalts zu dem Schlusse gelangen kann, daß der Erwerber nicht bloß alle Vorsicht außer acht gelassen, sondern in Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gehandelt habe.

γ) Ist der Erwerber bei dem Erwerbe von einem anderen vertreten worden, so kommt es der Regel nach auf die **Kenntnis des Vertreters** an (§ 166 Abs. 1). Nur im Falle der Vollmacht kann der Machtgeber, wenn er dem Bevollmächtigten bestimmte Weisungen erteilt hatte und dieser nach denselben gehandelt hat, in Ansehung von Umständen, die er selber kannte, sich nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen (§ 166 Abs. 2 Satz 1). Näheres hierüber in Bd. I S. 289 f.

δ) **Der für die Kenntnis maßgebende Zeitpunkt** liegt an sich, wie auch aus § 892 Abs. 1 hervorgeht, in der Vollendung des Erwerbes. Dieser Grundsatz wird jedoch durch den Abs. 2 für die Fälle, in welchen zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich ist, insofern aufgegeben, als die Stellung des Eintragungsantrags bei dem Grundbuchamte dann entscheidend sein soll, wenn sie nach dem Zustandekommen der erforderlichen Einigung bewirkt wird. Die zweite Kommission hat diese Neuerung eingeführt, um bei der Unbestimmtheit des sonst maßgebenden Zeitpunktes der Eintragung dem Erwerber die Möglichkeit zu gewähren, mit Sicherheit die Valuta an den anderen Teil zu zahlen, sobald die Eintragung bei der Buchbehörde beantragt ist (P. II Bd. 3 S. 80 f.). Die Bestimmung hat die Tragweite, daß der Erwerber, wenn er später, aber vor der Eintragung erfährt, daß sein Rechtsurheber nicht der Berechtigte oder doch zu der getroffenen Verfügung nicht befugt ist, hierdurch nicht gehindert wird, den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs für seinen Erwerb in Anspruch zu nehmen. Sie erreicht jedoch ihren Zweck nicht vollständig, da sie dem Erwerber, der lediglich auf die Stellung des Eintragungsantrags hin die bedungene Leistung bewirkt, keine Sicherheit gegen die Zurückweisung des Antrags oder gegen die Zurücknahme desselben bietet (vgl. auch S. 137 Erl. 2 a Abs. 2). Wer also ganz sicher gehen will, wird Anstand nehmen, die Valuta vor der Eintragung des Rechtes und, wenn diese eine verbriefte Hypothek oder Grundschuld ist, vor der Aushändigung des Briefes an ihn (§§ 1117, 1154) zu entrichten. Über die Anwendung des § 892 Abs. 2 auf den Fall der notariellen Auflassung s. Jeppe im CBl. f. FG. 1 S. 203. Maßgebend ist in diesem Falle der Zeitpunkt des Einganges der Auflassungsverhandlung bei dem zuständigen Grundbuchamte.

Kommt die Einigung zwischen den Beteiligten erst nach der Eintragung zustande, so entscheidet der Grundsatz des § 892 Abs. 1; d. h. die Berufung auf den öffentlichen Glauben versagt, wenn der Erwerber vor der Einigung Kenntnis von der Unrichtigkeit erhalten hat.

ε) Der Erwerber muß, sofern ihm nicht der Schutz des § 892 zur Seite steht, dem Rechte weichen, welches sein Rechtsurheber durch die unberechtigte Verfügung verletzt hat. Der Anspruch des Berechtigten ist aber kein Deliktsanspruch; er hat seinen Grund nicht darin, daß der Erwerber ohne guten Glauben gehandelt hat, sondern in der Dinglichkeit des verletzten Rechtes. **Der Mangel des guten Glaubens hat hierbei nur die Bedeutung,** daß durch ihn das Hindernis, welches der Verfolgung des Rechtes gegen den Erwerber durch dessen Berufung auf das Grundbuch entstand, aus dem Wege geräumt wird.

ζ) Es kann sich fragen, ob eine **nichteingetragene Verfügungsbeschränkung,** durch welche die Verfügung über ein eingetragenes Recht dem Berechtigten zu Gunsten einer bestimmten Person untersagt wird, das Grundbuch unrichtig macht. Der § 892 erledigt diese Frage durch die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2, nach welcher eine aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Verfügungsbeschränkung gegen den Erwerb eines Rechtes an dem Grundstück ꝛc. nur wirksam ist, wenn sie dem Erwerber bekannt war. Die Kenntnis einer solchen Beschränkung wird also ebenso behandelt wie die Kenntnis einer Unrichtigkeit des Buches, falls diese in einem Rechte sich gründet, welches der Eintragung bedurfte, aber nicht eingetragen ist. Vgl. oben S. 77 ff.

III. Die Wirkung des öffentlichen Glaubens wurde bereits S. 20ff. erörtert. Nachzutragen ist folgendes:

1. **Rechtsstellung des bösgläubigen Rechtsnachfolgers des gutgläubigen Erwerbers.** Unter der Herrschaft der preuß. Grundbuchgesetze stritt man darüber, ob derjenige, welcher im Vertrauen auf das Grundbuch ein Recht an einem Grundstück oder an einem eingetragenen Rechte erworben hat, über das erworbene Recht zu Gunsten eines Dritten so verfügen kann, daß dieser auch dann erwirbt, wenn ihm die Unrichtigkeit bekannt war. Das Reichsgericht hat entschieden, daß Einreden, welche nach dem preuß. Ges. über den Eigentumserw. ꝛc. § 38 Abs. 2 dem redlichen Erwerber einer Hypothek nicht entgegenstehen, durch den Erwerb nicht erlöschen und folglich, wenn die Hypothek einem mit ihnen bekannten Dritten abgetreten wird, dem Dritten entgegengesetzt werden können (RG. 32 S. 226). Strecker S. 98 hält zwar diese Entscheidung nicht für richtig, meint aber, daß dieselbe auf Grund der Bestimmungen des BGB. ebensogut möglich wäre wie auf Grund der Bestimmungen des preußischen Rechtes. Diese Meinung dürfte indessen der Sorgfalt und Genauigkeit, mit welcher die Vorschriften des BGB. abgefaßt sind, kaum gerecht werden.

Während das preuß. Gesetz den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in kasuistischen und ungleichmäßig formulierten Sätzen zur Anerkennung brachte, spricht das BGB. in § 892 den Grundsatz selbst allgemein und deutlich aus, indem es für den rechtsgeschäftlichen Erwerb den Inhalt des Buches zu Gunsten des Erwerbers als richtig fingiert. Daß die Richtigkeit die Vollständigkeit des Inhalts mit umfaßt, erscheint nicht zweifelhaft. Das Recht wird also, wenn im übrigen die Erfordernisse des Erwerbes vorliegen, auf Grund des öffentlichen Glaubens des Buches wirklich erworben; der Erwerber erlangt nicht bloß eine Einrede gegen die Ansprüche aus dinglichen Rechten, die zur Zeit des Erwerbes bestanden, aber weder aus dem Grundbuch ersichtlich noch ihm bekannt waren, sondern das den Gegenstand des Erwerbes bildende Recht gerade so, wie wenn das Buch nicht an einer Unrichtigkeit gelitten hätte, mit dem buchmäßigen Inhalt und Range. Die entgegenstehenden Rechte müssen daher, sofern sie mit dem Rechte des Erwerbers sich nicht vereinigen lassen, erlöschen, anderenfalls ihre Wirksamkeit gegen dieses Recht verlieren. Wenn z. B. der als Eigentümer eingetragene Nichteigentümer das Grundstück einem anderen aufgelassen hat, so erwirbt dieser mit seiner Eintragung das Eigentum; das Eigentum desjenigen, welchem es vorher zustand, wird hierdurch zerstört, weil es neben dem Eigentume des Erwerbers nicht bestehen kann. Begnügt sich dagegen der Bucheigentümer mit der Bestellung eines Rechtes an dem Grundstücke, so kann der wahre Eigentümer, falls er gegen den Bucheigentümer durchdringt, doch von dem Berechtigten die Beseitigung des Rechtes nicht verlangen. Der Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens wirkt nicht bloß relativ, sondern absolut; er leidet weder an einem Fehler noch an einer Schwäche. Der Erwerber kann daher alle Befugnisse, die das Recht dem Berechtigten verleiht, ohne Rücksicht auf den Verletzten ausüben, mithin auch eine Übertragung oder Belastung des Rechtes zu Gunsten eines Dritten vornehmen. Weshalb nun der Dritte, wenn er vor dem Erwerbe seines Rechtsurhebers die damals vorhandene Unrichtigkeit des Grundbuchs gekannt hat, hierdurch an dem eigenen Erwerbe gehindert sein sollte, bleibt unerfindlich. Diesem Erwerbe kann nur eine zur Zeit desselben vorhandene Unrichtigkeit schaden, nicht aber die frühere, da diese sich durch die zwar unberechtigte, aber unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens zu Gunsten des Rechtsurhebers des Dritten rechtlich wirksame Verfügung erledigt hat. Das Grundbuch ist, wenn über das in gutem Glauben erworbene Recht zu Gunsten eines Dritten verfügt wird, in Ansehung dieses Rechtes nicht mehr unrichtig (Rspr. 2 S. 226).

Aber selbst wenn dem Dritten die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Buches versagt werden müßte, würde hierdurch doch die Rechtsverletzung, welche durch die ältere Verfügung bewirkt ist, nicht gehoben werden. Denn den etwaigen Vorteil von der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Verfügung zu Gunsten des Dritten hätte nicht der Verletzte, sondern derjenige, welcher die Verfügung getroffen hat; dieser würde dem Verletzten gegenüber im Falle der Übertragung der Berechtigte bleiben, im Falle der Belastung das Recht frei von derselben haben.

Die zweite Kommission hat demnach die Tragweite der von ihr beschlossenen Bestimmungen ganz zutreffend aufgefaßt, wenn sie aus denselben in dem P. II Bd. 3 S. 84f. gefolgert hat, daß der Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens den Erwerber in die Lage bringt, über das erworbene Recht zu Gunsten eines Dritten wirksam zu verfügen.

2. **Das Grundbuch gilt als vollständig auch hinsichtlich der zwar eintragungsfähigen, aber nicht eintragungsbedürftigen Rechte.** In dem P. II Bd. 3 S. 77 heißt es allerdings: Das Grundbuch „gewährleiste die Vollständigkeit seines Inhalts nicht in dem Sinne, daß Rechte, die

§. 893. Die Vorschriften des §. 892 finden entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem Anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des §. 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.

---

zu ihrer Entstehung, und Veräußerungsverbote, die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung nicht bedürften, zu Gunsten des auf das Grundbuch vertrauenden Erwerbers als nicht bestehend gälten, falls sie nicht eingetragen seien". Diese Bemerkung ist nur in Ansehung der Veräußerungsverbote zutreffend; im übrigen beruht sie auf einem Irrtum. Denn wenn nach § 892 der Inhalt des Grundbuchs als **richtig** gilt, so ist damit gesagt, daß nicht nur die Eintragungen und Löschungen der wirklichen Rechtslage entsprechen, sondern auch daß weitere Rechte, zu deren Aufnahme das Buch bestimmt ist, an dem Grundstücke nicht bestehen. Der öffentliche Glaube des Buches schützt daher den Erwerber zwar nicht gegen die Überbau- und Notwegrenten (oben S. 134 Erl. I 2), wohl aber gegen den Nießbrauch und die Hypothek in den Fällen, in welchen diese Rechte ohne Eintragung begründet werden (§ 1075 Abs. 1, § 1287 Satz 2), es sei denn, daß sie ihm zu dem maßgebenden Zeitpunkte bekannt waren (s. auch EG. Art. 114, 118, 188).

3. Über die Rechtsstellung des Gläubigers einer versehentlich gelöschten Hypothek gegenüber den nach der Löschung entstandenen Rechten, insbesondere wenn die Berechtigten teils bösgläubig teils gutgläubig sind, vgl. **Wolff** im Arch. f. civ. P. 91 S. 378ff.; s. auch **Schilde**, Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 61f.

IV. Der § 892 wird an verschiedenen Stellen besonders erwähnt oder doch stillschweigend in Bezug genommen, z. B. in § 135 Abs. 2, § 161 Abs. 3, § 1028 Abs. 2, §§ 1138, 1140, 1155, 1157, 1158, § 1159 Abs. 2. Vgl. auch das EG. Art. 61, 114, 118 Satz 2, 168, 196ff.; Preußen Art. 22.

V. Über die Anwendbarkeit des § 892 in der **Übergangszeit** s. Bd. VI Erl. 3c zu Art. 186, RG. 47 S. 229, Rspr. 5 S. 1.

§ 893.

E. I § 838; II § 811 rev. § 878; III § 877. P. I S. 3924ff., 5332f.; M. III S. 223. P. II Bd. 3 S. 86f. D. S. 660.

Hachenburg a. (S. 133) a. O. S. 249ff.; **Rambohr** a. (S. 133) a. O., insbesondere S. 334, 345ff., 351ff., 358f.

1. **Voraussetzungen des Schutzes aus § 893.** Die nämlichen Gründe, welche für den Schutz des Rechtserwerbes durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach § 892 sprechen, nötigen dazu, den gleichen Schutz auch Leistungen, welche auf Grund eines eingetragenen Rechtes erfolgen, und Rechtsgeschäften, die eine Verfügung über das Recht enthalten, aber nicht auf den Erwerb desselben gerichtet sind, zu gewähren. Die beiden Kategorieen, welche hierher gehören, sind:

a) **Leistungen**, die derjenige, welchem das eingetragene Recht zusteht, auf Grund dieses Rechtes zu fordern hat. Werden diese an denjenigen entrichtet, welcher als der Berechtigte eingetragen, in Wirklichkeit aber nicht der Berechtigte ist, so muß sie der Berechtigte gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Leistende den Mangel des Rechtes des eingetragenen kannte oder daß ein Widerspruch oder eine Verfügungsbeschränkung eingetragen ist. Wer leistet, ob der Eigentümer oder sonstige Verpflichtete oder ein Dritter (s. z. B. § 1150), ist nach der Fassung des § 893 gleichgültig; die Leistung muß aber **auf Grund des eingetragenen Rechtes** bewirkt sein. Der wirklichen Erfüllung sind die Erfüllungssurrogate, wenn nicht als Leistungen, so als Verfügungen gleichzustellen (s. **Rambohr** a. a. O. S. 354f., **Fuchs** S. 171 Erl. 1a). Der Hauptfall ist der, daß der Eigentümer auf Grund einer Reallast, einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld Zinsen, Renten ꝛc., bei einer Buchhypothek ꝛc. auch das Kapital entrichtet; aber auch bei Grunddienstbarkeiten ist die Anwendung des § 893 möglich (M. a. a. O., **Rambohr** a. a. O., **Fuchs** S. 171 Erl. 1a). Dagegen kann die Zahlung von Kapital auf eine verbriefte Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld mit Sicherheit an den als Gläubiger eingetragenen nur dann geleistet werden, wenn dieser auch im Besitze des Briefes ist und die Zahlung auf dem Briefe vermerkt oder der Brief dem Zahlenden ausgehändigt wird (§§ 1144, 1145, 1150, 1155, 1160). Nicht zu billigen ist ferner die Ansicht von **Rambohr** (a. a. O. S. 355f.), der den Schutz des öffentlichen Glaubens auf Rechtsgeschäfte erstrecken will, die ein mit dem eingetragenen Rechte im Zusammenhange stehendes Schuldverhältnis betreffen, und die von **Biermann** S. 83,

Fuchs S. 171 Erl. 1b, Staudinger III S. 103 Erl. I 1 u. a. vertretene Meinung, daß die Zahlung des Mietzinses an den als Eigentümer eingetragenen Erwerber auf Grund des § 571 hierher zu rechnen sei, denn das Recht auf den Mietzins steht nach § 571 nicht dem Eigentümer als solchem zu, sondern nur demjenigen, an welchen der Vermieter das Grundstück nach dessen Überlassung an den Mieter veräußert hat.

b) **Verfügungsgeschäfte** mit Ausnahme der im § 892 geregelten Erwerbsgeschäfte. Über den Begriff Verfügung vgl. Bd. I S. 185 Vorbm. IX 4. Daselbst ist insbesondere ausgeführt, daß weder die obligatorischen Rechtsgeschäfte noch die Prozeßführung zu den Verfügungen gehören. Auf sie findet daher auch der § 893 keine Anwendung (a. M. hinsichtlich der Überlassung eines Grundstücks an einen Mieter Cosack II § 180 Nr. IV 1a und bezüglich der Prozeßführung Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901 S. 424ff., 480ff.; s. dagegen M. a. a. O., Biermann S. 84; vgl. auch die Erl. zu § 1148). Die Verfügungsgeschäfte können sowohl zweiseitige wie einseitige Rechtsgeschäfte sein.

α) Für das **zweiseitige Rechtsgeschäft**, die dingliche „Einigung", welche eine Verfügung über ein eingetragenes Recht enthält, dient der § 893 insofern zur Ergänzung des § 892, als er dessen Anwendung auch auf diejenigen Fälle sichert, in welchen ein auf den Erwerb eines Rechtes gerichtetes Rechtsgeschäft nicht vorliegt. In Betracht kommen namentlich Änderungen des Inhalts (§ 877) oder des Ranges eines Rechtes (§ 880; a. M. Fuchs S. 172, der hierin einen Rechtserwerb sieht), die Beschränkung der Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf eine bestimmte Stelle (§ 1023), die Änderung der Zeit und des Ortes der Zahlung bei der Hypothek (§ 1119 Abs. 2), die Ersetzung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, durch eine andere Forderung (§ 1180), die Umwandelung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld (§§ 1186, 1198, 1203).

β) Unter den **einseitigen Rechtsgeschäften**, die hier in Frage stehen, ist das praktisch wichtigste der **Verzicht** desjenigen, für welchen ein Recht an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte eingetragen ist, auf das Recht. Nicht zweifelhaft ist nach § 893, daß der Eigentümer, wenn ihm gegenüber der Verzicht auf ein Recht an dem Grundstücke nach § 875 Abs. 1 Satz 2 erklärt wird, nach der Löschung des Rechtes sich für dessen Aufhebung auf den Schutz berufen kann, den der § 892 gewährt. Dasselbe muß bei einem das Grundstück belastenden Rechte gelten, wenn dem Berechtigten gegenüber auf ein Recht an dem Rechte verzichtet wird; nur daß es hier auf die Löschung des durch die Verzichterklärung nach den §§ 1064, 1072, 1255, 1273 erlöschenden Rechtes nicht ankommt. Nicht so zweifellos ist die Entscheidung, wenn in Gemäßheit des § 875 Abs. 1 Satz 2 die Erklärung, welche dem Eigentümer unmittelbar erteilt werden kann, dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben wird. Die zweite Kommission hat zwar einen Antrag, nach dem auch in diesem Falle der Eigentümer sich für die Wirksamkeit des Verzichts auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs sollte berufen dürfen, abgelehnt, aber nicht, um die Berufung schlechthin auszuschließen, sondern um die Zulässigkeit derselben davon abhängig zu machen, ob die Umstände des einzelnen Falles so beschaffen sind, daß das Grundbuchamt als Vertreter des empfangsberechtigten Eigentümers angesehen werden kann (P. II Bd. 3 S. 86f.). Vertreter im rechtlichen Sinne ist aber das Grundbuchamt wohl nie. Da indessen der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte dieselbe Wirkung beigelegt ist wie der Erklärung gegenüber dem Begünstigten, dürfte der § 893 auf diesen Fall entsprechend anzuwenden sein. Diese Auffassung entspricht sicherlich dann der Billigkeit, wenn der Verzicht gegen eine von dem Eigentümer geleistete Vergütung oder in Erfüllung einer dem Eigentümer gegenüber bestehenden Verpflichtung erklärt ist (a. M. Biermann S. 84 Erl. 6b, Fuchs S. 171f. Erl. 2bb, Turnau-Förster I S. 231).

Welche Bedeutung der öffentliche Glaube des Grundbuchs im Falle des Verzichts auf das Eigentum hat, wird bei § 928 zur Sprache kommen.

Außer dem Verzicht ist hier noch die **Kündigung** zu erwähnen, und zwar einerseits der Fall, in welchem dem Eigentümer von demjenigen, für welchen ein Recht an dem Grundstück eingetragen ist, oder diesem von dem Eigentümer gekündigt wird, andererseits der Fall, in welchem der als Eigentümer Eingetragene kündigt oder die an ihn gerichtete Kündigung des Berechtigten empfängt; das Rechtsgeschäft steht in dem ersteren Falle zu Gunsten des Eigentümers, in dem letzteren Falle zu Gunsten des Berechtigten unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens. Von großer praktischer Bedeutung indessen ist hier der § 893 nicht, da die Kündigung einer Hypothek und Grundschuld im achten Abschnitte besonders geordnet ist (§§ 1141, 1156; s. auch §§ 1148, 1155, 1158ff., 1192, 1193, 1202).

§. 894. Steht der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte oder einer Verfügungs-

---

2. **Wirkungen des öffentlichen Glaubens.** Wie sich die entsprechende Anwendung des § 892 in den Fällen des § 893 gestaltet, ergibt sich im wesentlichen aus den bisherigen Erörterungen. Der Inhalt des Grundbuchs gilt als richtig, d. h. derjenige, für welchen ein Recht eingetragen ist, wird zu Gunsten des anderen Teiles als der Berechtigte und als in seiner Verfügungsbefugnis nicht beschränkt angesehen, wenn auf Grund des Rechtes an ihn eine Leistung bewirkt oder zwischen ihnen ein Rechtsgeschäft des oben gekennzeichneten Inhalts vorgenommen wird. Der wahre Berechtigte kann die Berufung des andern Teiles auf den öffentlichen Glauben nur abwenden, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs oder eine Verfügungsbeschränkung eingetragen oder die Unrichtigkeit bezw. die Beschränkung dem anderen Teile bekannt gewesen ist. Die Kenntnis schließt jedoch den Schutz, den der § 892 gewährt, in den Fällen des § 893 nur dann aus, wenn sie spätestens in dem Zeitpunkt eingetreten ist, in dem die Leistung vollendet oder das Rechtsgeschäft wirksam wurde. Ist zu der Wirksamkeit die Eintragung in das Grundbuch erforderlich, so entscheidet nach § 892 Abs. 2 die Zeit der Stellung des Eintragungsantrages oder, wenn das Rechtsgeschäft erst später vorgenommen wird, die Zeit der Vornahme.

§§ 894—898.

Staffel, Erörterungen über die Grundbuchberichtigung im künftigen Recht, im Sächs. Arch. 9 S. 202 ff.; Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs 1899.

Die §§ 894 ff. betreffen die **Berichtigung des Grundbuchs.** Sie setzen voraus, daß das Grundbuch die wirkliche Rechtslage nicht wiedergibt. Alsdann kann nach der GBO. § 13 derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Verfügungsbeschränkung beeinträchtigt ist, sich direkt an das Grundbuchamt mit dem Antrag auf Berichtigung des Buches wenden. Die Behörde darf aber dem Antrage nur stattgeben, wenn ihr die Unrichtigkeit des Buches durch öffentliche bezw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird (GBO. §§ 22, 29). Dieser Nachweis wird meist ohne Schwierigkeiten sich erbringen lassen, wenn es sich nur darum handelt, das Grundbuch dadurch richtig zu stellen, daß der Übergang des Eigentums oder eines anderen Rechtes auf den Erben des Berechtigten, die erfolgte Übertragung einer verbrieften Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder eine andere bereits vollzogene Rechtsänderung eingetragen wird. Die Berichtigung kann freilich auch in diesen Fällen, von dem Erbfall abgesehen, Tatsachen voraussetzen, auf deren urkundliche Feststellung nicht zu rechnen ist (z. B. § 1163 Abs. 1, § 1164 Abs. 1, §§ 1173 ff.). Die Hauptrolle aber spielen solche Tatsachen, wenn das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage um deswillen nicht übereinstimmt, weil es ein nicht zur Entstehung gelangtes Recht als bestehend oder ein nicht erloschenes Recht als erloschen bezeichnet. In derartigen Fällen darf nach der GBO. § 19 die Berichtigung nur mit Zustimmung desjenigen vorgenommen werden, dessen Recht von ihr betroffen wird. Da aber diese Vorschrift ihren Zweck nur zu erfüllen vermag, wenn die Zustimmung rechtlich erzwingbar ist, so verpflichtet das BGB. den Beteiligten, der Berichtigung des Buches zuzustimmen. Wird die Verpflichtung nicht erfüllt, so ist die Verurteilung des Verpflichteten zur Abgabe der erforderlichen Eintragungs- oder Löschungsbewilligung zu erwirken; das rechtskräftige Urteil ersetzt dann die Bewilligung (CPO. § 894 Abs. 1).

Das BGB. enthält in dem § 894 die grundsätzliche Bestimmung, daß der Verletzte die Zustimmung von dem Passivbeteiligten verlangen kann, in den §§ 895—898 die Einzelheiten zur Durchführung dieser Bestimmung. Der § 895 gewährt einen Anspruch gegen den Passivbeteiligten, daß dieser sein Recht eintragen lasse, und der § 896 einen Anspruch auf Vorlegung des Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefs gegen dessen Besitzer. Der § 897 betrifft die Kosten des Berichtigungsverfahrens. Der § 898 schließlich erklärt die Berichtigungsansprüche für unverjährbar.

§ 894.

E. I § 843 Abs. 1; II § 813 Abs. 1 rev. § 879; III § 878. P. I S. 3678 ff., 3718 ff., 4355 f., 4435 ff., 5309 f., 5331 f.; M. III S. 234 ff. P. II Bd. 3 S. 102 f.; Bd. 4 S. 589; Bd. 6 S. 386.

I. Der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, den der § 894 gewährt, hat die rechtliche Natur einer actio negatoria. Er folgt vielleicht schon aus der Dinglichkeit der Rechte, die durch ihn geschützt werden (§ 1004 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 1011, § 1017 Abs. 2, §§ 1027,

beschränkung der im §. 892 Abs. 1 bezeichneten Art mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird.

1065, 1068, 1085, 1089, § 1090 Abs. 2). Bei der hohen Wichtigkeit indessen, die dem Anspruche zukommt und die einerseits in den Vorteilen, die mit der Eintragung — z. B. nach §§ 879, 891, 901 f., 891, GBO. § 40 Abs. 1, ZVG. § 37 Nr. 4, §§ 45, 110, 114 — verbunden sind, andererseits in den Gefahren liegt, welche einem nicht oder nicht richtig eingetragenen Rechte aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs entstehen können, hat das BGB. den Berichtigungsanspruch ausdrücklich gestattet und besonders geordnet. (Das Berichtigungsinteresse, welches sich aus den Wirkungen der Unrichtigkeit ergibt, und nicht die absolute Natur der dinglichen Rechte soll nach Schilde S. 51 ff. den Berichtigungsanspruch begründen; s. dagegen Predari S. 178 Anm. 30. Gegen die dingliche Natur des Anspruchs auch Ramdohr in Gruch. 44 S. 361 f.)

Diese rechtliche Natur des Anspruchs ist unter anderem von prozessualer Bedeutung, namentlich für den Gerichtsstand (CPO. § 24) und die Wirkungen der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft (§§ 265, 325).

II. **Der Anspruch setzt in objektiver Hinsicht voraus**, daß der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht.

1. Die Voraussetzung ist immer gegeben, wenn das Grundbuch an einer **Unrichtigkeit im Sinne des § 892 Abs. 1 Satz 1** leidet, also namentlich, wenn als Gegenstand einer Eintragung ein Recht erscheint, welches bereits erloschen oder überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist oder welches einen anderen als den buchmäßigen Inhalt, Rang oder Umfang hat, ferner dann, wenn ein bestehendes Recht nicht eingetragen oder ein eingetragenes Recht, obschon es noch besteht, gelöscht ist. Auf den Grund der Unrichtigkeit einer Eintragung oder einer Löschung kommt es nicht an. Beispiele ergeben sich aus den Erl. III 5, V zu § 873 (S. 89 f.), Erl. 1, 4 zu § 875 (S. 93 f.), Erl. 3 zu § 876 (S. 95), Erl. 4a zu § 879 (S. 101); s. auch JW. 1902 Beil. S. 202 (Nichtigkeit einer nur zum Scheine erklärten Auflassung), ebd. S. 222 (Erlöschen einer Hypothek durch Eintritt der dem dinglichen Rechte gesetzten auflösenden Bedingung), ebd. 1903 Beil. S. 62 (Fehlen der in GBO. § 48 vorgeschriebenen Angabe der Bruchteile der eingetragenen Miteigentümer) und RG. 51 S. 418, wo mit Recht hervorgehoben wird, daß nicht das Vorhandensein der formellen Voraussetzungen der Eintragung, sondern das der materiellen Erfordernisse der Rechtsänderung entscheidend ist. Weitere Einzelheiten bei Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 73 ff., Schilde a. a. O. S. 9 ff., 20 ff.; Turnau-Förster I S. 238 ff. Über die Anwendbarkeit des § 894 auf die Fälle der Parzellenverwechselung und Doppelbuchung (oben S. 134 Erl. I 1, 4 zu § 892) vgl. Kretzschmar im Recht 1903 S. 327. Auf rein tatsächliche Nachrichten bezieht sich der § 894 so wenig wie der § 892 (S. 133 Vorbm. I 1 zu § 892).

Bei der Hypothek finden die §§ 894 ff. gemäß §§ 1138, 1155, 1157 erweiterte Anwendung.

2. Die Frage, ob durch eine **Verfügungsbeschränkung** (oben S. 77 ff. Vorbm. VI 3) eine Unrichtigkeit des Grundbuchs hervorgerufen werden kann, ist kaum von praktischer Bedeutung, da der § 894 den Berichtigungsanspruch ausdrücklich zuläßt, wenn die Nichtübereinstimmung des Buches mit der wirklichen Rechtslage eine Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 892 Abs. 1 betrifft. Theoretisch lassen sich zwei Kategorieen unterscheiden: Beschränkungen, die aus dem Rechte selbst sich ergeben, und Beschränkungen, die aus einem außerhalb des Rechtes liegenden Grunde die Befugnis des Berechtigten zur Verfügung über dasselbe zu Gunsten einer bestimmten Person ganz oder teilweise ausschließen.

a) Die ersteren gehören zu dem Inhalte des Rechtes, so daß, wenn sie nicht oder nicht richtig eingetragen sind, das Grundbuch in Ansehung des Rechtes selbst unrichtig ist; hierher sind die Beschränkungen zu rechnen, die aus einer dem Rechte beigefügten Bedingung oder Zeitbestimmung (§§ 161, 163), aus der Einsetzung eines Nacherben (§§ 2112—2115), aus der Lehens- oder Fideikommißeigenschaft eines Grundstücks bezw. eines Rechtes an einem solchen (EG. Art. 59) 2c. entstehen.

b) Die andere Kategorie umfaßt die Beschränkungen, die durch Veräußerungs**verbote** im Sinne der §§ 135, 136 begründet werden. Ob deren Eintragung auf Grund des § 894 erwirkt werden kann, ist zweifelhaft. In der vorigen Auflage ist die Frage verneint worden,

weil ein solches Verbot an sich nicht dinglich sei und sein Bestehen daher das Grundbuch nicht in einen Widerspruch zu der wirklichen, d. h. dinglichen Rechtslage setze (ebenso Biermann S. 88). Indessen wenn ein Veräußerungsverbot nicht eingetragen oder zu Unrecht gelöscht ist, steht der Inhalt des Grundbuchs doch in Ansehung einer Verfügungsbeschränkung mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange; man wird deshalb demjenigen, dessen Schutz das Verbot bezweckt, den Berichtigungsanspruch zubilligen dürfen (ebenso Schilde a. a. O. S. 13 f., 54 f., Predari S. 179, Ramdohr in Gruch. 44 S. 363). Mit dem Wortlaute des § 894 ist dies allerdings kaum vereinbar, da der Berichtigungsanspruch nur demjenigen gegeben ist, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist, und das durch ein Veräußerungsverbot geschützte Recht nicht eingetragen wird. Da aber dieses Recht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ebenso gefährdet wird wie ein dingliches Recht, dürfte sich die analoge Anwendung des § 894 rechtfertigen lassen. Daß das Verbot oder das Rechtsverhältnis, aus welchem es hervorgeht (oben S. 78), auf Grund der GBO. §§ 22, 39, der KO. § 113, des ZVG. §§ 19 ff., 146, 172, 176, 180 ohne Zustimmung des Passivbeteiligten eingetragen werden kann, steht nicht entgegen (vgl. unten S. 149 Erl. IV).

Entsprechendes gilt, wenn das Recht des durch das Veräußerungsverbot geschützten durch eine unzutreffende Einschränkung beeinträchtigt ist.

Der Berichtigungsanspruch ist ferner auch dann gegeben, wenn das Veräußerungsverbot zu Unrecht eingetragen oder nach der Eintragung aufgehoben oder die Beschränkung, welche mit ihm verknüpft war, erloschen ist. Jedoch wird die Löschung meist ohne Zustimmung desjenigen, zu dessen Gunsten die Eintragung bewirkt wurde, vorgenommen werden können (vgl. GBO. § 22 Abs. 1; KO. §§ 114, 115, 116, 163, 190, 205; ZVG. § 34, § 130 Abs. 1).

3. Die Voraussetzung des Berichtigungsanspruchs kann auch in der Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung liegen.

a) Der Widerspruch dient zum Schutze eines dinglichen Rechtes (§ 899); durch seine Eintragung wird das Recht ebenso gesichert, wie wenn es selbst eingetragen bezw. das von ihm betroffene Recht gelöscht wäre (§ 892 Abs. 1). Besteht das Recht, welches geschützt werden soll, nicht oder nicht mehr, so ist der Widerspruch unberechtigt, weil gegenstandslos. Seine Eintragung beeinträchtigt aber das betroffene Recht, weil sie tatsächlich den Berechtigten hindert, über dasselbe zu verfügen. Der Berechtigte könnte daher nach den Grundsätzen der actio negatoria (§§ 1004, 1017, 1027, 1065, 1090) die Beseitigung der Beeinträchtigung von demjenigen verlangen, für welchen der Widerspruch eingetragen ist. Die Beseitigung erfolgt durch Löschung des Widerspruchs, also durch Berichtigung des Grundbuchs, welche der Buchbehörde obliegt. Der Verpflichtete hat nach § 894 nur seine Zustimmung zu der Berichtigung zu erteilen; die Stellung des nach der GBO. § 13 erforderlichen Löschungsantrags bleibt dem Berechtigten überlassen.

b) Mit der Vormerkung verhält es sich ähnlich. Der Schutz eines dinglichen Rechtes steht freilich nicht in Frage (oben S. 112 f). Wenn aber der Anspruch, dessen Sicherung bezweckt wird (§ 883), entweder nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen ist oder wenn die Wirkungen der Vormerkung gemäß § 887 erloschen sind, so stellt die fortdauernde Eintragung ebenso wie die Eintragung eines ungerechtfertigten Widerspruchs eine Beeinträchtigung des von ihr betroffenen Grundstücks oder Rechtes dar, deren Beseitigung der Berechtigte verlangen kann (oben S. 123). Durch die Vormerkung wird überdies eine Verfügungsbeschränkung begründet, die, wenn sie nicht besteht, für den Berechtigten nach § 894 den Berichtigungsanspruch erzeugt, weil sich das Grundbuch dadurch mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch setzt, daß es das der freien Verfügung des Berechtigten unterliegende Recht den mit der Vormerkung verbundenen Beschränkungen unterwirft. Die Vorschrift des E. II § 813 Abs. 1 Satz 1 deutete schon durch den Wortlaut ihre Beziehung auch auf die Eintragung einer Vormerkung hin. Bei der Revision wurde freilich der Wortlaut geändert (E. II rev. § 879), und zwar so, wie er in dem § 894 des Gesetzbuchs vorliegt. Allein die Absicht, hierdurch die Tragweite der Vorschrift hinsichtlich der Vormerkung zu ändern, hat nicht bestanden (P. II Bd. 6 S. 382, 386).

c) Eine andere Frage ist es, ob zum Schutze eines Widerspruchs oder einer Vormerkung ein Berichtigungsanspruch zulässig ist. Da die Wirkungen dieser vorläufigen Eintragungen erst mit der Eintragung eintreten, kann das Grundbuch nicht deshalb unrichtig sein, weil die Eintragung noch nicht erfolgt ist. Nach dem Wortlaute des § 894 ist dieser aber auch dann nicht anwendbar, wenn der Widerspruch oder die Vormerkung zu Unrecht gelöscht oder bei ihnen unzutreffende Änderungen vermerkt sind; indessen wird man bei den Wirkungen dieser Institute

den § 894 auf die bezeichneten Fälle analog anzuwenden haben, da hinsichtlich ihrer nichts anderes gelten kann als bezüglich der Verfügungsbeschränkungen (Erl. II 2 b). Hierfür spricht auch vor allem bei den Vormerkungen ein erhebliches praktisches Bedürfnis (s. Schilde S. 54 f., Fuchs S. 175, 186; a. M. Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 98, 224).

III. Legitimiert zur Erhebung des Anspruchs ist nicht jeder, der ein Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs hat; vor allem können diejenigen, welche nur persönliche Ansprüche auf eine dingliche Rechtsänderung haben (RG. 53 S. 375, 408), ferner die Gläubiger des nicht eingetragenen Berechtigten (Rspr. 2 S. 152) und auch der frühere Eigentümer des Grundstücks (JW. 1903 Beil. S. 47, RG. 53 S. 408) keine Berichtigungsansprüche erheben, auch wenn sie an der Berichtigung ein erhebliches Interesse haben.

1. Aktiv legitimiert ist vielmehr zunächst nur derjenige, **welchem ein Recht an dem Grundstück oder an einem dasselbe belastenden Rechte zusteht.** Unter dem Rechte ist hier wie regelmäßig ein materielles Recht zu verstehen, ein bloßes Buchrecht genügt nicht (a. M. Schilde S. 57 ff. und teilweise Fuchs S. 176); dem Eingetragenen steht nur die Vermutung aus § 891 zur Seite.

Der § 894 unterscheidet zwei Kategorieen von Fällen, in denen dieser Berechtigte den Berichtigungsanspruch erheben kann.

a) Die eine Kategorie umfaßt die Fälle, in welchen das Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist (oben Erl. II 1).

Die Befugnis des Berechtigten, die Eintragung des Rechtes zu verlangen, folgt aus der Dinglichkeit desselben, da das Grundbuch die Bestimmung hat, alle dinglichen Rechte nachzuweisen, soweit nicht das Gesetz die Eintragung ausschließt. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob das Recht noch nicht eingetragen war oder ob es nach seiner Eintragung zu Unrecht gelöscht worden ist; der Berechtigte kann in jenem Falle die Eintragung des außerhalb des Grundbuchs entstandenen Rechtes, in diesem die Wiedereintragung des gelöschten, gleichviel wie entstandenen, wenn nur noch bestehenden Rechtes beanspruchen.

Die übrigen hier in Betracht kommenden Fälle sind solche, in welchen das Recht zwar eingetragen ist, die Eintragung aber das Recht nicht richtig wiedergibt. Eine Unrichtigkeit ist namentlich dann vorhanden, wenn ein anderer als der wirkliche Inhalt oder Umfang des Rechtes durch das Grundbuch nachgewiesen wird, z. B. ein unbeschränktes Recht mit einer Beschränkung, ein unbedingtes Recht mit einer Bedingung, die Übertragung eines Teiles von einer verbrieften Hypothek oder Grundschuld zu einem geringeren als dem abgetretenen Betrage für den Erwerber eingetragen ist, ferner alsdann, wenn das Recht einen schlechteren als den ihm zustehenden Rang im Grundbuch erhalten hat. Hierher ist auch der Fall zu stellen, daß entgegen der Vorschrift der GBO. § 48 Miteigentümer ohne Angabe der Bruchteile eingetragen sind; ist alsdann auf den Anteil eines Miteigentümers eine Hypothek gebucht, so steht das Grundbuch nicht nur hinsichtlich des Eigentums, sondern auch hinsichtlich der Hypothek mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, weil der Anteil des einzelnen Eigentümers und damit der Gegenstand der Belastung nicht erkennbar ist (RG. 54 S. 85).

b) Die andere Kategorie begreift die Fälle unter sich, in welchen das Recht durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt wird.

α) Ist eine Belastung des Grundstücks mit einem Rechte eingetragen, so erhält, wenn sie nicht besteht, die Eintragung eine Beeinträchtigung des Eigentums, und zwar deshalb, weil sie den Eigentümer einerseits hindert, das Grundstück als frei von dieser Belastung zu veräußern oder neu zu belasten (§ 891 Abs. 1), andererseits dadurch gefährdet, daß derjenige, welchem das Recht im Grundbuche zugeschrieben ist, nach § 892 Abs. 1 sich in der Lage befindet, zu Gunsten eines Dritten wirksam über das Recht zu verfügen. Der Eigentümer kann daher verlangen, daß die Beeinträchtigung beseitigt, d. h. das Grundbuch durch Löschung des nicht bestehenden Rechtes berichtigt werde. Dieses Recht hat er aber wegen der unrichtigen Eintragung eines Rechtes nur dann, wenn das Recht der Art unrichtig gebucht ist, daß die wirkliche Rechtslage aus der Eintragung überhaupt nicht erkannt werden kann; ist dagegen die wirkliche Rechtslage in dem Eintragungsvermerke zwar nur unvollkommen, immerhin aber noch so gekennzeichnet, daß sie aus ihr oder aus den darin in Bezug genommenen Urkunden erkannt werden kann, so entfällt die Unklarheit wenigstens insoweit, daß nicht die Löschung des schief bezeichneten Rechtes beansprucht werden kann (RG. 53 S. 412).

Ähnlich wie das Eigentum wird durch die gegenstandslose Eintragung auch ein derselben im Range gleich- oder nachstehendes Recht beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung ergibt sich daraus, daß das Grundbuch einen schlechteren als den dem Rechte zukommenden Rang bekundet, der Rang aber und folglich auch der Wert des Rechtes, soweit er von dem Range abhängt, im Verkehre nur nach dem Inhalte des Buches beurteilt werden kann. Der Berichtigungsanspruch muß deshalb auch demjenigen gewährt werden, für dessen Recht der richtige Rang erst durch die Löschung der gegenstandslosen Eintragung im Grundbuche festgestellt wird (vgl. jedoch Predari S. 181 Anm. 39).

Die Ansprüche des Eigentümers und jedes einzelnen gleich- oder nachstehenden Berechtigten sind völlig unabhängig von einander; vgl. darüber Staffel a. a. O. S. 216 ff.

β) Stellt das Buch ein Recht an dem Grundstück als belastet dar, obschon die Belastung nicht besteht, so wird hierdurch das Recht in gleicher Weise beeinträchtigt, wie in dem Falle unter a das Eigentum. Der Berechtigte kann mithin die entsprechende Berichtigung des Buches beanspruchen. Sind mehrere Belastungen des Rechtes eingetragen, so hat den Anspruch auch derjenige, zu dessen Gunsten eine Belastung besteht, welcher das Grundbuch den gleichen Rang wie der nicht bestehenden Belastung oder die Stelle nach derselben anweist.

Rechte an dem Grundstücke, welche dem von der gegenstandslosen Eintragung betroffenen Rechte im Range gleich- oder nachstehen, bleiben hier außer Betracht, da ein Fall der Beeinträchtigung eines solchen Rechtes durch die Eintragung kaum vorkommen dürfte.

γ) Die Hervorhebung der Beschränkung neben der Belastung ist von der zweiten Kommission bei der Revision beschlossen (E. II § 813 Abs. 1, rev. § 879), in dem Protokolle jedoch nicht gerechtfertigt worden. Es ist nur ersichtlich, daß eine sachliche Änderung nicht beabsichtigt war (P. II Bd. 6 S. 382). Die Änderung hatte anscheinend nur den Zweck, durch die neue Fassung noch deutlicher als durch den bisherigen Wortlaut zum Ausdrucke zu bringen, daß die Vorschrift alle Fälle treffen will, in welchen ein Recht der bezeichneten Art durch eine unrichtige Eintragung beeinträchtigt wird. Wenn dies der Zweck des Gesetzes ist, so muß unter der „Beschränkung" in § 894 nicht bloß diejenige verstanden werden, welche als Verfügungsbeschränkung eingetragen ist, sondern jede aus dem Grundbuch ersichtliche Beschränkung eines Rechtes, die, ohne aus einer eigentlichen Belastung hervorzugehen, die Verfügungsmacht des Berechtigten — wenn auch nur tatsächlich — unterbindet, also namentlich auch das Veräußerungsverbot und die Vormerkung (vgl. oben Erl. II 2, 3 b).

Sofern bezw. soweit die Beschränkung nicht besteht, kann nicht bloß derjenige, gegen dessen Recht die beschränkende Eintragung sich richtet, sondern auch ein Dritter, für den ein im Range gleich- oder nachstehendes Recht begründet ist, vorausgesetzt, daß es durch die unrichtige Eintragung beeinträchtigt wird, die Berichtigung des Grundbuchs verlangen.

2. Der Berichtigungsanspruch steht weiter auch demjenigen zu, zu dessen Gunsten eine Verfügungsbeschränkung, eine Vormerkung oder ein Widerspruch eingetragen war oder unrichtig eingetragen ist. Vgl. hierüber oben Erl. II 2 b, 3 c.

3. Der Kreis der zur Erhebung des Berichtigungsanspruchs Legitimierten erweitert sich, wenn man die Abtretung, Pfändung und Verpfändung des Berichtigungsanspruchs für zulässig erklärt. Diese Frage ist von großer praktischer Bedeutung. Wie erwähnt, haben die Gläubiger des nicht eingetragenen Berechtigten keinen Anspruch auf Berichtigung durch Eintragung ihres Schuldners. Da die Berichtigung aber gemäß GBO. §§ 40 f., ZVG. §§ 17, 146 in vielen Fällen die Voraussetzung für die Durchführung ihrer Ansprüche bildet, haben sie ein erhebliches Interesse daran, die Eintragung ihres Schuldners auch wider dessen Willen zu erwirken. Hierzu bedürfen sie, wenn sie auf andere Weise den gehörigen Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht zu führen vermögen (GBO. §§ 14, 22, 29) und der eingetragene Passivbeteiligte die Berichtigung nicht bewilligt, der Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs, und diese setzt dessen Pfändung und Überweisung auf Grund der CPO. §§ 828 ff. voraus. Die Pfändung der Berichtigungsansprüche ist daher für den Verkehr völlig unentbehrlich und wird auch, soweit ersichtlich, allgemein für zulässig erklärt (vgl. M. z. GBO. S. 83; D. z. GBO. S. 3042; Achilles-Strecker S. 118, 201; Schatzky, Grundbuchberichtigung zum Zwecke der Immobiliarvollstreckung 1902 S. 63; Rspr. 2 S. 152, 7 S. 315; gegen die in jener Entsch. zugelassene Eintragung der Pfändung des Berichtigungsanspruchs mit Recht Oberneck in Z. d. D.Not.Ver. 1901 S. 511). Nun ist aber nach der CPO. § 851 eine Forderung in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist (ebenso für die Verpfändung § 1274 Abs. 2); daher ist auch die Zulässigkeit der Pfändung eines Berichtigungsanspruchs, für den besondere Vor-

schriften nicht gegeben sind, von der Übertragbarkeit dieses Anspruchs abhängig (a. M. Schatzky a. a. O.; Schilde a. a. O. S. 91; Kretzschmar I S. 211 ff., II S. 160 f., im Recht 1903 S. 329 ff.) und diese unterliegt erheblichen Bedenken. Die Abtretung eines Anspruchs hat der Regel nach die Wirkung, daß der neue Gläubiger die Leistung an sich, nicht an den Zedenten fordern kann. Der Zessionar eines Berichtigungsanspruchs kann aber keinenfalls seine Eintragung, sondern nur die des Zedenten beanspruchen; das Verlangen der eigenen Eintragung würde eine nach § 399 unzulässige Veränderung des Inhalts des abgetretenen Anspruchs in sich schließen und vielfach auch mit den Vorschriften der §§ 873 ff., 925 2c. unvereinbar sein. Insbesondere ist dem Reichsgerichte (Gruch. 45 S. 942) darin nicht beizutreten, daß derjenige, welchem der Eigentümer seinen Anspruch auf Eintragung seines Eigentums abgetreten hat, seine eigene Eintragung fordern und das Eigentum ohne Auflassung erwerben kann, da eine dem § 931 entsprechende Vorschrift für das Liegenschaftsrecht nicht getroffen ist. Selbst wenn die Auflassung seitens des Zedenten an den Zessionar bereits erfolgt ist und der letztere also mit seiner Eintragung, die allerdings der Ordnungsvorschrift der GBO. § 40 widersprechen würde, ohne weiteres das Eigentum auf Grund des § 925 erwerben würde, steht doch seinem Anspruche gegen den Bucheigentümer, seiner (des Zessionars) Eintragung zuzustimmen, die Bestimmung des § 399 entgegen, da eine das Grundbuch berichtigende Eintragung des Zedenten eine ganz andere Bedeutung hat als eine Eintragung des Zessionars, welche dessen Eigentumserwerb erst vollendet, und die Zustimmung zu einer Berichtigung eine ganz andere Leistung ist als die zu einem Rechtserwerbe. Die Abtretung eines Berichtigungsanspruchs ist daher stets nur mit der Wirkung zuzulassen, daß der Zessionar die Eintragung des Zedenten fordern kann, und dem Bedenken, daß dieses mit der erwähnten regelmäßigen Wirkung der Abtretung in Widerspruch steht, wird man damit begegnen können, daß der Berichtigungsanspruch überhaupt nicht auf eine Leistung an den Zedenten geht, sondern daß die geforderte Leistung in der Bewilligung der der wirklichen Rechtslage entsprechenden Änderung des Grundbuchs, also in etwas objektivem besteht. Vgl. über die Zulässigkeit der Abtretung insbesondere Staffel a. a. O. S. 209 ff., Schatzky a. a. O. S. 57 ff. Dieselbe wird verneint unter anderen von Kretzschmar und Schilde a. a. O., dem OLG. Karlsruhe (Bad. RP. 1903 S. 194) sowie teilweise von Predari S. 183 Anm. 44; wenn der letztere für den Fall der Abtretung einer versehentlich gelöschten Briefhypothek die Übertragbarkeit ausnahmsweise zulassen will, so ist dem entgegenzuhalten, daß derjenige, welcher die Briefhypothek gemäß § 1154 Abs. 1 erworben hat, kraft eigenen Rechtes den Berichtigungsanspruch erheben kann. Zweifelhaft ist die Stellung des Reichsgerichts; während dieses für das frühere Recht die Abtretung für zulässig erklärt hat (RG. 46 S. 225, Gruch. 45 S. 942), spricht es in einer neueren Entscheidung (RG. 53 S. 408) nur von einer Ermächtigung zur Durchführung des Berichtigungsanspruchs als Vertreter des Berechtigten, versteht aber hierunter keine Vollmacht zur Führung des Rechtsstreits auf den Namen des Vertretenen als der eigentlichen Partei, wie daraus erhellt, daß es den im eigenen Namen erhobenen Anspruch des Vertreters für gerechtfertigt erklärt.

Dem Reichsgericht ist dagegen darin beizutreten, wenn es in vielen Fällen die Abtretung des Berichtigungsanspruchs als stillschweigend erklärt ansieht, z. B. in der Auflassungserklärung solcher Parzellen, als deren Eigentümer der Auflassende nicht eingetragen ist (RG. 46 S. 225), und in der Abrede bei der Veräußerung eines Grundstücks, daß der Veräußerer trotz und nach der Auflassung an den Erwerber ein nicht bestehendes dingliches Recht zur Löschung zu bringen habe (RG. 53 S. 408).

IV. Passiv legitimiert ist dem Anspruche gegenüber derjenige, „dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird", d. h. infolge derselben entweder gänzlich aus dem Grundbuche verschwindet oder eine Einbuße an seinem buchmäßigen Inhalt oder Range oder auch nur eine Richtigstellung seines Inhalts erleidet; daß sein Recht ein bloßes Buchrecht ist, schließt nach dem Zwecke des Anspruchs die Passivlegitimation nicht aus. Hat die Berichtigung durch Löschung oder Richtigstellung einer Beschränkung in dem Buche zu erfolgen, so haftet dem Anspruch auch derjenige, zu dessen Gunsten die unrichtige Eintragung besteht, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sein Recht ein dingliches oder, wie in den Fällen des Veräußerungsverbots und der Vormerkung, ein nur persönliches ist. In dem oben Erl. III 1a a. E. erwähnten Falle der Eintragung einer Hypothek auf dem Anteil eines Miteigentümers hat das RG. 54 S. 85 den Anspruch auf Bewilligung der Eintragung der Eigentumsbruchteile gegen alle Miteigentümer für zulässig erklärt. Wenn das von der Berichtigung betroffene Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen ist, aber auf Grund der zwischen diesen bestehenden Rechtsgemeinschaft der alleinigen Verfügung des einen unterliegt (z. B. ein für die Ehegatten gebuchtes Recht nur der

§. 895. Kann die Berichtigung des Grundbuchs erst erfolgen, nachdem das Recht des nach §. 894 Verpflichteten eingetragen worden ist, so hat dieser auf Verlangen sein Recht eintragen zu lassen.

Verfügung des Ehemanns auf Grund des maßgebenden, ehelichen Güterrechts), so ist nur dieser passiv legitimiert, da die Zustimmung des nicht verfügungsberechtigten ohne rechtliche Wirkung sein würde (Jahrb. d. Württ. Rechtspflege 14 S. 52; vgl. §§ 1443ff., 1519, 1549, CPO. § 740).

Die Verpflichtung des Passivbeteiligten ist auch keine bloß subsidiäre; d. h. der Verpflichtete muß die erforderliche Eintragung oder Löschung auch dann bewilligen, wenn der Berechtigte in der Lage ist, die Unrichtigkeit des Grundbuchs dem Grundbuchamte so nachzuweisen, daß die Berichtigung ohne Zustimmung des von ihr betroffenen Beteiligten bewirkt werden kann. Der § 894 gibt dem Berechtigten den Anspruch ohne Vorbehalt, und aus der GBO. § 22 Abs. 1 ist nur zu entnehmen, daß es der Bewilligung des Passivbeteiligten zur Berichtigung nicht bedarf, wenn jener Nachweis geführt wird. Von Interesse für den Berechtigten ist die Zustimmung des Verpflichteten jedenfalls, weil sie ihn der Beschaffung des Nachweises der Unrichtigkeit überhebt und die Berichtigung auf eine möglichst sichere Grundlage zu stellen vermag. Der Verpflichtete kann auch nicht einwenden, daß er bereits einmal eine die Unrichtigkeit anerkennende Urkunde ausgestellt habe; denn ob das Berichtigungsbedürfnis auf ein Verschulden des Berechtigten zurückzuführen ist oder nicht, ist gleichgültig (Rspr. 7 S. 27), der Grund des Anspruchs besteht lediglich in der Beeinträchtigung des dinglichen Rechtes durch die unrichtige Eintragung (s. Erl. I sowie § 897). Dagegen kann er eine Einrede darauf stützen, daß er auf diejenige Rechtsänderung, welche dem gegenwärtigen Buchinhalt entspricht, einen obligatorischen Anspruch gegen den Kläger habe, obwohl dadurch die Unrichtigkeit des Grundbuchs fortdauert (a. M. Fuchs S. 178); das BGB. hat eine dem preuß. Ges. über den EigErw. vom 5. Mai 1872 § 7 Abs. 2 entsprechende Bestimmung nicht übernommen (M. III S. 422). Ein solcher Anspruch kann aus einem Verzichte des Klägers auf den Berichtigungsanspruch entspringen, wenn dieser nicht (z. B. auf Grund des § 185) die Unrichtigkeit beseitigt (s. Schilde S. 66ff., Biermann S. 89, Predari S. 184).

Wird über das Vermögen des Verpflichteten Konkurs eröffnet, so hat der Konkursverwalter die Verpflichtung zu erfüllen (KO. § 6).

Ein Sondernachfolger des Verpflichteten ist dem Berichtigungsanspruche nur ausgesetzt, wenn er sich nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann. Soweit er unter dem Schutze dieses Glaubens erworben hat, ist in Ansehung des erworbenen Rechtes das Buch nicht unrichtig (§ 892).

V. Der Anspruch wird seinem **Inhalt** entsprechend dadurch befriedigt, daß der Verpflichtete derjenigen Eintragung oder Löschung zustimmt, welche zu der Berichtigung des Grundbuchs unerläßlich ist. Die Zustimmung kann aber ihren Zweck nur erfüllen, wenn sie in einer Form beigebracht wird, ohne deren Beobachtung eine zur Eintragung oder Löschung erforderliche Erklärung nach der GBO. § 29 von der Buchbehörde nicht berücksichtigt werden soll. Der Verpflichtete hat daher entweder die Zustimmung zum Protokolle des Grundbuchamts zu erklären oder die Erklärung öffentlich beurkunden oder beglaubigen zu lassen.

Etwas anderes als die formgerechte Zustimmung zur Grundbuchberichtigung kann auf Grund des § 894 nicht gefordert werden. Wenn z. B. eine Hypothek versehentlich auf einen anderen als den wirklichen Zessionar umgeschrieben ist, ist der eingetragene nicht zur Abtretung der Hypothek verpflichtet (JW. 1902 Beil. S. 240). Das gleiche gilt, wenn die Hypothek kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangen ist (vgl. die Erl. zu §§ 1144 f.). Ebenso kann auf Grund des § 894 nie auf Auflassung geklagt werden (s. JW. a. a. O. S. 202, Predari S. 182 Anm. 43, Turnau-Förster I S. 239ff. Erl. 11).

VI. **Verweisungen** auf die §§ 894ff. finden sich in den §§ 1138, 1155, 1157, 1263.

§ 895.

E. I § 1826 Abs. 2; II rev. § 880; III § 879. P. I S. 13490ff; M. V S. 111f. P. II Bd. 6 S. 223ff.

1. **Die Vorschrift bezweckt**, das Hindernis zu beseitigen, welches der Verwirklichung des Berichtigungsanspruchs aus der Bestimmung der GBO. § 40 Abs. 1 erwachsen könnte. Sie liegt in der Konsequenz des § 894. Der Anspruch aus § 894 hat nach dessen Erl. V den Inhalt,

§. 896. Ist zur Berichtigung des Grundbuchs die Vorlegung eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefs erforderlich, so kann derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll, von dem Besitzer des Briefes verlangen, daß der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt wird.

---

daß derjenige, dessen Recht von der Berichtigung des Grundbuchs betroffen wird, der erforderlichen Eintragung oder Löschung zuzustimmen hat, um den Aktivbeteiligten durch die Zustimmung in Stand zu setzen, die Berichtigung mit Erfolg bei dem Grundbuchamte zu beantragen. Nach der GBO. § 40 Abs. 1 soll aber eine Eintragung bezw. Löschung in der Regel „nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist". Der nach § 894 Verpflichtete muß daher, falls diese Voraussetzung bei ihm nicht zutrifft, vor allem die Eintragung seines Rechtes, bezw. seine Eintragung als Berechtigter, mithin ebenfalls eine Berichtigung des Grundbuchs erwirken.

Die erste Kommission hatte in dem Entwurfe des Gesetzbuchs eine solche Verpflichtung, nur für einzelne Fälle (E. I § 1029 Abs. 2, § 1826 Abs. 2) bestimmt, das Prinzip selbst dagegen erst in dem von ihr aufgestellten Entwurf einer GBO. § 45 Abs. 1 Satz 1 ausgesprochen. Dem Berichtigungsanspruche gegenüber ist indessen die Verpflichtung, sich eintragen zu lassen, wesentlich eine Folgerung aus der Verpflichtung, der Berichtigung des Buches wirksam zuzustimmen. Die erforderliche Vorschrift gehört daher wegen ihres materiellrechtlichen Inhalts in das Gesetzbuch.

2. **Die Voraussetzungen** des Anspruchs aus § 895 sind zunächst dieselben wie die des Berichtigungsanspruchs aus § 894; insbesondere gewährt also auch der § 895 demjenigen keinen Anspruch, welcher nur einen persönlichen Anspruch auf eine dingliche Rechtsänderung hat (vgl. über diesen Fall P. II Bd. 6 S. 224, M. z. GBO. S. 81 f., Rspr. 7 S. 282, Achilles-Strecker S. 200 Erl. 3a, S. 202 a. E., Fuchs S. 180). Dazu kommt als weitere Voraussetzung, daß die Berichtigung des Grundbuchs erst nach der Eintragung des Verpflichteten erfolgen kann. Der Anspruch ist also nicht gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 oder des § 41 der GBO. vorliegen.

Dagegen ist der Anspruch aus § 895 ebensowenig wie der aus § 894 in dem Sinne subsidiär, daß er ausgeschlossen wäre, wenn derjenige, welchem der Anspruch zusteht, selbst d. h. ohne Mitwirkung des zur Erteilung der Zustimmung Verpflichteten dessen Recht in das Grundbuch eintragen lassen kann. Dies ermöglicht ihm die Vorschrift des § 14 der GBO., sofern er für seinen Berichtigungsanspruch einen vollstreckbaren Titel erwirkt hat, und die Beschaffung der zu der Eintragung erforderlichen Urkunden (GBO. §§ 22, 29) wird ihm durch § 896 der CPO. erleichtert (vgl. Achilles-Strecker S. 198 ff.).

3. **Der Inhalt des Anspruchs** ist ein anderer als der des Berichtigungsanspruchs aus § 894. Der Verpflichtete hat nicht etwa seiner Eintragung nur zuzustimmen, sondern diese selbst zu erwirken. Die Vollstreckung des hierauf erkennenden Urteils erfolgt auf Grund der CPO. § 888. Der § 887 der CPO. ist unanwendbar, weil der Antrag von einem anderen als den nach der GBO. §§ 13 ff. Antragsberechtigten nicht gestellt werden kann (a. M. Predari S. 183). Ist jedoch der Verpflichtete rechtskräftig verurteilt, seine Eintragung zu beantragen, so gilt mit der Einreichung dieses Urteils bei dem Grundbuchamte der Antrag als von ihm gestellt, denn wenn der Eintragungsantrag auch keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist (RG. in CBl. f. FG. 4 S. 24), so ist er immerhin doch eine Willenserklärung im Sinne des § 894 der CPO. (s. Seuff. A. 56 Nr. 142; a. M. Oberneck in Z. d. D.NotVer. 1901 S. 482).

§ 896.

E. I § 1109 Abs. 2; II § 1091 rev. § 881; III § 880. P. I S. 5323; M. III S. 745 f. P. II Bd. 3 S. 646; Bd. 6 S. 386 f.

1. Auch **die Vorschrift des § 896 bezweckt** die Beseitigung eines Hindernisses, das der Grundbuchberichtigung trotz der Zustimmung des Passivbeteiligten auf Grund der Vorschriften der GBO. entgegenstehen kann. Wird nämlich von der Berichtigung des Grundbuchs eine verbriefte Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld betroffen, so ist zu der erforderlichen Eintragung oder Löschung die Zustimmung des Gläubigers nicht genügend, sondern nach der allgemeinen Regel, die in der GBO. § 42 Abs. 1 Satz 1, § 43 aufgestellt ist, auch der Brief dem

§. 897. Die Kosten der Berichtigung des Grundbuchs und der dazu erforderlichen Erklärungen hat derjenige zu tragen, welcher die Berichtigung verlangt, sofern nicht aus einem zwischen ihm und dem Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein Anderes ergiebt.

Grundbuchamte vorzulegen. Damit daher derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll, seinen Zweck erreichen kann, gibt ihm der § 896 den Anspruch auf Vorlegung des Briefes gegen den Besitzer desselben. Die beiden ersten Entwürfe hatten den Anspruch nur dem Eigentümer beigelegt, wenn dieser eine erloschene Hypothek ꝛc. löschen lassen wollte. Ein praktisches Bedürfnis besteht aber auch in anderen Fällen, z. B. wenn der Inhalt der Eintragung (§ 1115) unrichtig oder die Berichtigung durch Eintragung eines Rechtes mit dem Range vor dem verbrieften Rechte in Frage ist. Bei der Revision des E. II wurde deshalb der Vorschrift die allgemeine Fassung gegeben, welche der § 896 aufweist.

2. **Voraussetzung des Anspruchs** ist auch hier (s. Erl. 2 zu § 895) das Bestehen eines Berichtigungsanspruchs aus § 894. Außerdem wird gefordert, daß die Berichtigung ohne die Vorlegung des Briefes nicht zulässig ist, daß also die berichtigende Eintragung bei einer Briefhypothek, einer Briefgrundschuld oder Briefrentenschuld erfolgen soll und nicht die Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 oder des § 43 Satz 2 der GBO. vorliegen, in denen es der Vorlegung nicht bedarf (vgl. Achilles-Strecker S. 274 ff.).

Über die Unanwendbarkeit des § 896 auf die Eintragung von Vormerkungen vgl. S. 122 Erl. 2 zu § 885.

3. **Passiv legitimiert** ist der Besitzer des Briefes als solcher, auch wenn er nicht zugleich derjenige ist, gegen welchen sich der Anspruch aus § 894 richtet (RG. 47 S. 158). Dies entspricht der S. 143 f. Erl. I erwähnten dinglichen Natur des Berichtigungsanspruchs. Diese hindert selbstverständlich nicht, daß der Besitzer sich durch einen Einwand schützen kann, der aus einem zwischen ihm und dem anderen Teile begründeten persönlichen Rechtsverhältnisse hervorgeht (vgl. § 986). Hat z. B. der Besitzer des Briefes den Gläubiger befriedigt und deswegen von dem Eigentümer Ersatz des Gezahlten zu verlangen, so braucht er, wie Boehm S. 72 im Anschluß an die Mot. III S. 746 zutreffend hervorhebt, den Brief nur vorzulegen, wenn ihm der Ersatz geleistet wird.

4. **Der Anspruch geht auf** Vorlegung des Briefes bei dem Grundbuchamt, entsprechend dem in Erl. 1 erläuterten Zwecke der Vorschrift, nicht auf Herausgabe an den Kläger (anders §§ 1144, 1150, 1167). Auf die Vollstreckung des hierzu verurteilenden Erkenntnisses findet der § 883 der CPO. entsprechende Anwendung; der Gerichtsvollzieher hat den Brief dem Grundbuchamte zu übergeben. Wie letzteres mit ihm zu verfahren hat, bestimmt sich nach der GBO. (s. insbesondere §§ 62, 65, 69 f.).

5. **Entsprechend anwendbar** ist der § 896 **auf die Inhaber- und Orderpapiere**, deren Vorlage nach § 44 der GBO. zu einer Eintragung bei Sicherungshypotheken für Forderungen aus diesen Papieren erforderlich ist (s. Schilde a. a. O. S. 51).

§ 897.

E. I § 843 Abs. 2; II § 813 Abs. 2 rev. § 882; III § 881. P. I S. 3679, 3719 ff., 11477 f.; M. III S. 237. P. II Bd. 3 S. 102.

1. Für die **Kosten der Buchberichtigung** sowie der dazu erforderlichen Erklärungen, namentlich der öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung der Zustimmung, auf welche der Anspruch aus § 894 gerichtet ist, fragt es sich einerseits, wer an die betreffende Kasse bezw. den Notar die Gebühren zu entrichten hat, andererseits, welcher der Beteiligten **dem anderen gegenüber** verpflichtet ist, die Kosten zu tragen. Die erstere Frage scheidet hier aus, weil sie in dem öffentlichen Rechte (Gerichtskostenges., Gebührenordnung ꝛc.) ihre Lösung findet; die letztere wird durch den § 897 dahin entschieden, daß die Kosten demjenigen zur Last fallen, welcher die Berichtigung verlangt, sofern nicht zwischen ihm und dem Verpflichteten ein Rechtsverhältnis besteht, aus welchem sich ein anderes ergibt. Zu dieser Entscheidung ist die erste wie die zweite Kommission durch die Erwägung gelangt, daß der Berechtigte es ist, in dessen Interesse die Kosten aufgewendet werden, es ist der nämliche Grund, aus welchem der § 369 Abs. 1 die Quittungskosten dem Schuldner auferlegt (P. I S. 1397 f., 3599, 3679).

§. 898. Die in den §§. 894 bis 896 bestimmten Ansprüche unterliegen nicht der Verjährung.

Auf die Kosten der über die Berichtigungsansprüche geführten Prozesse bezieht sich der § 897 nicht. Für sie gelten die Vorschriften der CPO. §§ 91 ff.

2. An anderen Stellen knüpft das BGB. an die Kostenpflicht zugleich die Verpflichtung, die Kosten vorzuschießen; so in § 369 Abs. 1, § 403 Satz 2, § 798 Satz 2, § 799 Abs. 2 Satz 2, § 800 Satz 2. Es beruht dies auf einem allgemeinen Beschlusse der zweiten Kommission (vgl. P. II Bd. 6 S. 164, 386). Weshalb in dem § 897 die Vorschußpflicht nicht erwähnt wird, ergeben die Protokolle nicht. Sie ist freilich von praktischer Bedeutung nur für die öffentliche Beurkundung oder Beglaubigung der zu der Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Erklärungen, für diese aber kaum zweifelhaft, wenn die Kosten derselben von dem Berechtigten zu tragen sind. Der Verpflichtete hat nicht nötig, für den Berechtigten eine Auslage zu machen oder eine Verbindlichkeit einzugehen; er kann mithin die Erklärung solange verweigern, als nicht die Kosten derselben vorgeschossen sind.

3. Die Person des Kostenpflichtigen wird durch den § 897 nur subsidiär bestimmt. Zunächst ist zuzusehen, ob zwischen den sich gegenüberstehenden Beteiligten ein Rechtsverhältnis besteht, welches die Kostenfrage entscheidet. Ein solches Verhältnis kann durch Vertrag begründet, aber auch durch eine unerlaubte Handlung entstanden sein. Der Beweis des Rechtsverhältnisses liegt indessen immer demjenigen ob, welcher die Berichtigung des Grundbuchs verlangt.

§ 898.

E. II § 813 Abs. 3 rev. § 883; III § 882. P. II Bd. 3 S. 102 ff.; Bd. 4 S. 589.

1. Die Frage, ob ein Anspruch auf Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs (§§ 894—896), wegen seines formalen Zweckes überhaupt zu den Ansprüchen gerechnet werden kann, die nach § 194 Abs. 1 der Verjährung unterliegen, wurde bei den Beratungen der ersten und der zweiten Kommission verschieden beantwortet. Die erste Kommission glaubte die Entscheidung der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen und ein Bedürfnis für die Aufnahme einer Vorschrift über die Verjährung des Berichtigungsanspruchs nicht anerkennen zu sollen (P. I S. 3955 ff.; M. III S. 310 f.). Die zweite Kommission erledigte die Frage dadurch, daß sie die Bestimmung einstellte, welche in den § 898 des Gesetzbuchs übergegangen ist.

2. Durch diese Vorschrift wird aber nur die selbständige Verjährung der Berichtigungsansprüche ausgeschlossen. Dagegen darf aus ihr nicht gefolgert werden, daß die Berichtigung auch dann noch verlangt werden kann, wenn im übrigen der Anspruch aus dem Rechte verjährt ist (a. M. auf Grund des Wortlauts des § 898 Boehm S. 72 f., Schilde S. 68 ff., Fuchs S. 183 ff., Biermann S. 92). Die zweite Kommission hatte, um nicht für gewisse Fälle einen dauernden Zwiespalt zwischen Recht und Buch als korrekt erscheinen zu lassen, der die Verjährung ausschließenden Bestimmung hinzugesetzt: „er" (der Berichtigungsanspruch) „kann jedoch nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Anspruch auf Herstellung des der wirklichen Rechtslage entsprechenden Zustandes verjährt ist." Zur Begründung heißt es in dem P. II Bd. 3 S. 107: „Sachlich werde man sich von dem Gesichtspunkte leiten lassen müssen, daß der formelle Anspruch von dem materiellen Anspruch abhängig zu machen sei . . ." „solange der Hauptanspruch nicht verjährt sei, dürfe auch der Berichtigungsanspruch nicht erloschen sein, und wenn der Hauptanspruch verjährt sei, müsse auch der Berichtigungsanspruch ausgeschlossen werden." An dieser Auffassung hat die Kommission festgehalten. Zwar wurde der beschlossene Zusatz vor der Veröffentlichung des E. II gestrichen, aber nicht, wie Best S. 141 lehrt, „im Gegensatze" zu den mitgeteilten Erwägungen, sondern deshalb, weil man den Zusatz als durch die Bestimmungen, welche jetzt den Inhalt der §§ 900, 901 bilden, als gedeckt ansah (P. II Bd. 4 S. 589). Der § 898 ist folglich nur so gemeint, daß die Ansprüche aus den §§ 894—896 nicht selbständig verjähren, keineswegs so, daß sie von der Verjährung des materiellen Anspruchs aus dem Rechte, auf Grund dessen die Berichtigung des Grundbuchs verlangt werden konnte, unberührt bleiben sollen (s. Henle im Recht 1900 S. 487). Das Anwendungsgebiet des § 898 ist übrigens durch die Vorschriften der §§ 900, 901 beschränkt, weil in den Fällen dieser Paragraphen das Grundbuch nicht mehr unrichtig ist. Der § 898 behält indessen seine Bedeutung für alle Fälle, in welchen es sich um Ansprüche aus eingetragenen Rechten handelt. Da diese nach § 902 der Verjährung nicht unterliegen, so unterliegt ihr nach § 898 auch der betreffende Berichtigungsanspruch nicht.

§. 899. In den Fällen des §. 894 kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden.

Die Eintragung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund einer Bewilligung desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuchs betroffen wird. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Rechtes des Widersprechenden glaubhaft gemacht wird.

---

§ 899.

E. I § 844 Abs. 1, § 845; II § 814 rev. § 884; III § 883. M. I S. 3692 ff., 11945 f.; M. III S. 237 ff., 242 ff. P. II Bd. 3 S. 107 ff., 116; Bd. 6 S. 222 f.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung 1901 S. 71 ff.; Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuchs 1899 S. 71 ff.; Frey, Arten und Wirkungen der Widerspruchseintragung in Grundbuchsachen, im CBl. f. FG. 3 S. 557.

1. **Zweck und Wesen des Widerspruchs.** Die Berichtigung des Grundbuchs ist dadurch gefährdet, daß derjenige, dessen eingetragenes Recht von ihr betroffen werden würde, zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten über dieses Recht dergestalt verfügen kann, daß das Buch nach § 892 als richtig anzusehen, einer Berichtigung zum Nachteile des Dritten mithin nicht mehr ausgesetzt ist. Der Gesetzgebung erwächst hieraus die Aufgabe, dem Bedrohten ein Mittel zu gewähren, mit dessen Hilfe die Ausschließung des guten Glaubens ermöglicht wird. Dieses Mittel ist die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs. Der Widerspruch dient somit zur Erhaltung des Rechtes, die Berichtigung des Buches nach § 894 zu verlangen; er wird, gleichwie die Berichtigung, zum Schutze eines bestehenden Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte eingetragen und unterscheidet sich hierdurch wesentlich von der Vormerkung, da diese zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Änderung des bestehenden Rechtsstandes eines Grundstücks bestimmt ist (oben S. 81, 112 ff.). Eine Folge dieses Unterschieds ist es, daß dem Widerspruche nicht wie der Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung gesetzlich beigelegt ist; ein dingliches Recht wirkt ohnehin gegen Dritte. Dagegen stimmen die Vormerkungen und die Widersprüche darin überein, daß sie nur vorläufige Eintragungen sind, welche die endgültige Eintragung sichern sollen, daß sie von dem Bestande des geschützten Anspruchs oder Rechtes abhängig sind und nur die ihnen gesetzlich beigelegten Wirkungen und nicht etwa allgemein dieselben Wirkungen wie die endgültige Eintragung haben. Näheres bei Biermann a. a. O. S. 95 ff.

2. **Zulässig ist der Widerspruch** in den Fällen des § 894; es müssen also die Voraussetzungen des Berichtigungsanspruchs vorliegen. Vgl. hierüber die Erl. II bis IV zu § 894 (S. 144 ff.). Nach dem dort Erl. II 3 gesagten ist der Berichtigungsanspruch auch gegen einen Widerspruch und gegen eine Vormerkung zulässig; nach dem Wortlaute des § 899 müßte man daher auch einen Widerspruch gegen diese vorläufigen Eintragungen zulassen. Dies widerspricht aber der Rechtsprechung des Kammergerichts (KG. 20 S. A 217, 21 S. A 147, 286), welches den Widerspruch deshalb nicht für zulässig hält, weil sein Zweck sei, die mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs verknüpften Gefahren zu beseitigen, und die Widersprüche und die Vormerkungen den Schutz des öffentlichen Glaubens nicht genießen. Letzteres ist nach der hier vertretenen Auffassung (oben S. 118 Erl. 3i zu § 883) für die Vormerkung nicht zutreffend und daher ein Widerspruch gegen diese zuzulassen. Dagegen ist bezüglich der Unzulässigkeit des Widerspruchs gegen einen Widerspruch dem Kammergerichte beizutreten, da ein solcher Widerspruch jeder rechtlichen Bedeutung entbehrt (a. M. Biermann S. 93 und a. a. O. S. 83 Anm. 15a, Turnau-Förster I S. 164 Erl. 4f). Aus dem gleichen Grunde ist auch die Eintragung eines Widerspruchs gegen eine Verfügungsbeschränkung unzulässig (vgl. KG. 26 S. A 77, Schilde a. a. O. S. 79 f.).

3. **Die Voraussetzungen der Eintragung** sind für den Widerspruch dieselben wie für die Vormerkung (S. 120 ff. Erl. 1, 2); der Abs. 2 des § 899 stimmt fast wörtlich mit dem Abs. 1 des § 885 überein.

Eine einstweilige Verfügung, durch welche die Eintragung eines Widerspruchs angeordnet werden soll, setzt voraus, daß der Berichtigungsanspruch des Antragstellers gegen den Passivbeteiligten (nicht auch dessen Gefährdung) dem Gerichte glaubhaft gemacht worden ist. Die Eintragung erfolgt auf Grund der Anordnung, gleichviel ob sie bei dem Grundbuchamte von

dem Widersprechenden beantragt oder von dem Gerichte nachgesucht wird (GBO. §§ 13, 39; CPO. § 941). Die Konkurseröffnung steht der Eintragung eines Widerspruchs zu Gunsten eines vorher begründeten dinglichen Rechtes nicht entgegen, insbesondere findet der § 14 der KO. nur auf Vormerkungen Anwendung (s. Jaeger, KO. S. 121 Anm. 28, S. 128 Anm. 26).

Eine Mitwirkung des Gerichts ist nicht erforderlich, wenn derjenige, dessen Recht von der Berichtigung des Grundbuchs betroffen werden würde, die Eintragung des Widerspruchs bewilligt hat oder wenn gegen ihn ein vorläufig vollstreckbares Urteil vorliegt, durch welches er verurteilt ist, der Berichtigung zustimmen (GBO. § 19; CPO. § 895). Bei einer Darlehnshypothek, für welche die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, genügt im Falle des § 1139 zur Eintragung eines Widerspruchs der Antrag des Eigentümers. Die Ansicht von Biermann S. 94, a. a. O. S. 112 ff., daß ein Widerspruch auf Grund des § 22 der GBO. auf den bloßen Antrag des Widersprechenden beim Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden könne, weil der Widerspruch das Mindere gegenüber der Berichtigung sei, ist mit der Vorschrift des § 899 Abs. 2 unvereinbar und führt auch zu einer unnützen Erschwerung der Grundbuchführung (s. Fuchs S. 188 Erl. 5).

Auch darin ist Biermann S. 94, a. a. O. S. 114 und Fuchs S. 188 Erl. 6 nicht beizustimmen, daß die Eintragung eines Widerspruchs auf Grund des § 14 der GBO. auch von demjenigen beansprucht werden kann, welcher von dem Berechtigten, zu dessen Gunsten der Widerspruch eingetragen werden soll, auf Grund eines vollstreckbaren Titels eine Eintragung verlangen kann. Der § 14 will nur durch die Erweiterung des Antragsrechts dem Vollstreckungsgläubiger die Eintragung seines eigenen Rechtes ermöglichen, indem er ihn in die Lage versetzt, das dieser nach § 40 der GBO. entgegenstehende Hindernis zu beseitigen; dieses wird aber nur durch die endgültige Eintragung des Berechtigten beseitigt.

Inwiefern das Grundbuchamt von dem Beschwerdegericht angewiesen werden kann, einen Widerspruch einzutragen, wird in der GBO. §§ 71, 76 (§ 80 Abs. 3) bestimmt. Wegen der Eintragung von Amtswegen siehe ebd. § 18 Abs. 2, § 54 Abs. 1 Satz 1. Der gemäß §§ 23 f. der GBO. von Amtswegen einzutragende Widerspruch ist kein Widerspruch im Sinne des BGB., da er nicht gegen die Richtigkeit des Grundbuchs gerichtet ist, sondern verhindern soll, daß das Grundbuch durch die Löschung unrichtig wird (s. Achilles-Strecker S. 218 Erl. 3 b).

Ist das Recht, welches von der Berichtigung des Grundbuchs betroffen werden würde, eine verbriefte Hypothek oder Grundschuld (Rentenschuld), so hängt die Eintragung eines Widerspruchs davon ab, daß der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt wird. Von dieser Regel werden aber in der GBO. §§ 42, 43, 54, 62 Ausnahmen gemacht. Vgl. hierzu P. II Bd. 6 S. 246 f., 251 f.; Achilles-Strecker S. 275, 277 f., 312. Der § 6 der GBO. findet auf die Eintragung der Widersprüche ebensowenig wie auf die der Vormerkungen Anwendung.

4. Bei der **Eintragung** kann zur näheren Bezeichnung des Rechtes, zu dessen Schutze der Widerspruch eingetragen wird, auf die einstweilige Verfügung oder die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Eine entsprechende Bestimmung, wie sie der § 885 Abs. 2 für die Vormerkung enthält, ist freilich nicht gegeben (P. II Bd. 6 S. 222). Aber dies erklärt sich daraus, daß die Eintragung eines Widerspruchs der Eintragung eines Rechtes, bei welcher die Bezugnahme in dem § 874 zugelassen ist, viel näher steht als die Eintragung einer Vormerkung. Die analoge Anwendung des § 874 erscheint um so unbedenklicher, als nicht ersichtlich wäre, weshalb der Widerspruch mit mehr Umständlichkeit eingetragen werden müßte als das durch ihn geschützte Recht oder die Vormerkung (s. Biermann a. a. O. S. 116, Predari S. 186; a. M. RG. 23 S. A 133; Kretzschmar I S. 126, Turnau-Förster I S. 255 Erl. 12, Frey a. a. O. S. 560). Im übrigen ist auf das S. 122 Erl. 3 zu § 885 Gesagte zu verweisen. Nach der Ansicht des RG. a. a. O. muß aus der Eintragung genau hervorgehen, gegen welche Unrichtigkeit des Grundbuchs sich der Widerspruch richtet, zu wessen Gunsten er eingetragen ist und welchen Berichtigungsanspruch er betrifft.

5. Der eingetragene Widerspruch hat, wie bereits aus der Erl. 1 hervorgeht, im allgemeinen die **Wirkung**, daß, wenn über das von ihm betroffene Recht zu Gunsten eines Dritten verfügt wird, der Dritte die Berichtigung des Grundbuchs nicht dadurch abwenden kann, daß er sich auf den öffentlichen Glauben des Buches beruft (§ 892); dieser Glaube wird durch den Widerspruch gerade so ausgeschlossen, wie wenn der Dritte zu der entscheidenden Zeit Kenntnis von der Unrichtigkeit des Buches erhalten hat (oben S. 81). Die Verfügungen, die zum Nachteile des durch den Widerspruch geschützten Rechtes getroffen werden, sind daher insoweit unwirksam, als sie die Berichtigung des Grundbuchs vereiteln oder beeinträchtigen würden. Es entsteht zwischen den

Widersprechenden und dessen Gegner ein ähnliches Verhältnis wie dasjenige, welches durch eine Vormerkung begründet wird. Jedoch bestehen zwischen den Wirkungen der beiden Arten der vorläufigen Eintragungen nicht unerhebliche Verschiedenheiten.

a) Die Unwirksamkeit der Verfügungen beruht bei dem Widerspruche nicht auf einer Verfügungsbeschränkung, wie sie der § 883 Abs. 2 mit einer Vormerkung verknüpft, sondern auf der dinglichen Natur des geschützten Rechtes oder dem Mangel des Rechtes des Verfügenden. Denn der Eigentümer kann nur unbeschadet der bereits bestehenden, das Grundstück belastenden Rechte über das Grundstück, der sonstige Berechtigte nur unbeschadet der bestehenden Rechte an seinem Rechte über das letztere verfügen (S. 9), und die Verfügungen eines eingetragenen Nichteigentümers oder Nichtberechtigten schaden dem wirklichen Eigentümer oder Berechtigten deshalb nicht, weil sie nichtig sind. Diese allgemeinen Rechtssätze, die für das Grundbuchrecht durch die Vorschriften über den öffentlichen Glauben eingeschränkt werden, kommen trotz der Unrichtigkeit des Grundbuchs wieder voll zur Anwendung, wenn der wirkliche Rechtszustand durch einen Widerspruch gesichert ist.

Aus diesem Rechtsgrunde der Unwirksamkeit der benachteiligenden Verfügungen folgt, daß sich auf diese nicht nur derjenige, welcher die Eintragung des Widerspruchs erwirkt hat, sondern auch ein Dritter berufen hat kann (a. M. Schilde S. 80, Fuchs S. 186 Erl. 3b, Dernburg III § 51 Nr. 7, Staudinger III S. 114), z. B. auf die Unwirksamkeit einer Hypothek wegen Mangels des Eigentums des Bestellers nicht nur der Eigentümer, zu dessen Gunsten ein Widerspruch eingetragen ist, sondern auch ein nachstehender Hypothekengläubiger (anders bei der Vormerkung s. S. 116 Erl. 3a zu § 883). Ferner tritt die Unwirksamkeit der Verfügungen nicht erst mit der Verwirklichung des durch den Widerspruch geschützten Rechtes ein, sondern sie ist von vornherein vorhanden und kann auch vor der Berichtigung des Grundbuchs geltend gemacht werden (s. Biermann a. a. O. S. 123 f.). Natürlich muß der Nachweis des Nichtbestehens des Rechtes des Verfügenden erbracht werden, da der Widerspruch diesen nicht erübrigt (S. 131 f. Erl. 2, 5a zu § 891); deshalb hat auch der Widerspruch sowenig wie die Vormerkung eine Sperre des Grundbuchs zur Folge. Schließlich folgt aus dem angeführten Grunde der Unwirksamkeit, daß auf die Beseitigung der unwirksamen Eintragungen, anders als bei den Vormerkungen (S. 127 Erl. I 2a zu § 888), der § 22 der GBO. Anwendung findet (s. Fuchs S. 186 f.).

b) Während der vorgemerkte Anspruch wegen seiner persönlichen Natur gegen den Verpflichteten zu richten ist und ein etwaiger Sondernachfolger nur, wenn der Anspruch verwirklicht werden soll, der hierzu erforderlichen Eintragung oder Löschung zuzustimmen hat (S. 126), kann der dingliche Berichtigungsanspruch immer nur gegen denjenigen geltend gemacht werden, dessen Recht nach Inhalt des Grundbuchs von der Berichtigung betroffen wird (§ 894). Ergibt das Buch, daß der zur Zeit der Eintragung des Widerspruchs Passivlegitimierte das für ihn eingetragene Recht auf einen anderen übertragen hat, so haftet nur dieser dem Anspruche des Widersprechenden. Ist die Übertragung nach der Rechtshängigkeit des Berichtigungsanspruchs erfolgt, so kommen die §§ 265, 325 der CPO. zur Anwendung (s. Biermann a. a. O. S. 124 f., Predari S. 187).

c) Bei der Zwangsversteigerung wird ein eingetragener Widerspruch grundsätzlich ebenso behandelt wie eine Vormerkung (S. 116 f.). Dies gilt auch von demjenigen Widerspruche, durch welchen das Eigentum des Widersprechenden an dem Grundstücke geschützt, seine Eintragung sichergestellt werden soll. Die Vorschrift des ZVG. § 28 findet, wie gegen Strecker S. 109 und Schilde S. 78 anzunehmen ist, keine Anwendung. Nach dieser Vorschrift hat allerdings das Vollstreckungsgericht das Verfahren aufzuheben bezw. einstweilen einzustellen, wenn ihm „ein aus dem Grundbuch ersichtliches Recht bekannt wird, welches der Zwangsversteigerung oder der Fortsetzung des Verfahrens entgegensteht". Allein der Widerspruch ist nicht ein derartiges Recht, sondern nur ein Mittel zum Schutze eines solchen. Das Grundbuch ergibt nur, daß der Widersprechende sich das Recht beilegt, nicht aber, daß ihm dasselbe wirklich zusteht. Von dem Falle der Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Auflassung unterscheidet sich das Verhältnis nur dadurch, daß, wenn der Widerspruch vor dem Rechte des betreibenden Gläubigers eingetragen ist, der Widersprechende auf Grund seines Eigentums nach Maßgabe der CPO. §§ 771 ff. die Aufhebung des Zwangsverfahrens herbeiführen kann.

d) Über den Rang des durch den Widerspruch gesicherten Rechtes gibt das BGB. keine dem § 883 Abs. 3 entsprechende Vorschrift. Der Rang bestimmt sich, wenn es sich um ein zu Unrecht gelöschtes Recht handelt, nach der Stelle seiner früheren Eintragung oder dem damals

§. 900. Wer als Eigenthümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne daß er das Eigenthum erlangt hat, erwirbt das Eigenthum, wenn die Eintragung dreißig Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitze gehabt hat. Die dreißigjährige Frist wird in derselben Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch eingetragen ist.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn für Jemand ein ihm nicht zustehendes anderes Recht im Grundbuch eingetragen ist, das zum Besitze des Grundstücks berechtigt oder dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. Für den Rang des Rechtes ist die Eintragung maßgebend.

---

eingetragenen Rangvermerke, sonst nach der Zeit der Entstehung des Rechtes, sofern er nicht vor der Eintragung des Widerspruchs durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs beeinträchtigt ist (S. 101 f. Erl. 5 zu § 879). Für die Zukunft wird eine solche Beeinträchtigung durch den Widerspruch verhindert und somit eine der Vormerkung ähnliche Wirkung erzielt (s. Biermann a. a. O. S. 99 f.; a. M. Fuchs S. 189 Erl. 6).

e) Weitere Wirkungen des Widerspruchs ergeben aus § 900 Abs. 1 Satz 3 (Hemmung der Tabularersitzung), § 902 Abs. 2 (Ausschließung der Verjährung) und § 927 Abs. 3 (Unwirksamkeit des Aufgebots des Eigentümers). Auf diese Wirkungen sowie auf den Widerspruch in den Fällen der §§ 1137—1140, 1155, 1157 wird, soweit nötig, bei der Erläuterung dieser Paragraphen eingegangen werden.

6. Die **Übertragung** der durch Widersprüche geschützten Rechte erfolgt nach den Vorschriften, welche sonst für die Übertragung der betreffenden Rechte gelten, und ist daher gemäß §§ 873 f. regelmäßig erst nach oder gleichzeitig mit der endgültigen Eintragung des Rechtes möglich. Über die Abtretung des Berichtigungsanspruchs s. S. 147 f. Erl. III 3 zu § 894.

7. Hinsichtlich der **Aufhebung** der Wirkungen des Widerspruchs und dessen **Löschung** im Grundbuche gilt im allgemeinen dasselbe wie von der Aufhebung und Löschung der Vormerkung; es ist daher hier auf die Erl. 1 zu § 886 (S. 123) zu verweisen. Eine zu Unrecht erfolgte Löschung beseitigt die Wirkungen nicht; die Kenntnis von diesem Umstande schließt die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus (Fuchs S. 189). Ist das Recht, wegen dessen der Widerspruch eingetragen ist, erloschen oder überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, so hat der Widersprechende die Löschung zu bewilligen (vgl. S. 82, 145); diese kann jedoch auch ohne seine Bewilligung auf Grund des Nachweises des Nichtbestehens des Rechtes erfolgen (GBO. § 22; a. M. Frey a. a. O. S. 561). Eine Verpflichtung zu der Löschungsbewilligung kann aber auch durch einen Vertrag, der das Recht selbst unberührt läßt, z. B. durch einen Vergleich begründet werden.

Ein Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Beseitigung der Wirkungen des Widerspruchs ist nicht zugelassen; der § 887 ist nicht entsprechend anwendbar (a. M. Schilde S. 82). Dagegen kommen die Vorschriften über das Aufgebot der Rechte (§§ 927, 1104, 1112, 1170) auch auf die nur vorläufig eingetragenen Rechte zur Anwendung (Schilde S. 81, Predari S. 188, Fuchs S. 189 f.).

§ 900.

E. II § 815 rev. § 885; III § 884. P. II Bd. 3 S. 192 ff., 307 f., 384 f., 547 f., 735; Bd. 4 S. 588 f.

1. **Begründung der Vorschrift.** Eine Ersitzung, die sich gegen den Inhalt des Grundbuchs richtete, ist dem BGB. unbekannt (M. III S. 306 ff.); ein gewisser Anklang an das Institut kann freilich in dem § 927 gefunden werden. Dagegen regelt der § 900 nach dem Vorgange des österreichischen Rechtes (s. M. III S. 307) die sog. **Tabularersitzung** (Buchersitzung), eine Art von Ersitzung für den Fall, daß der Besitzer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Die zweite Kommission, deren Beratungen zur Aufnahme der in dem § 900 vorliegenden Sätze führten, ließ sich hierbei nicht durch Rückblicke auf die bisherigen Gesetze, sondern durch das Bestreben leiten, einem dauernden Zwiespalte zwischen dem Inhalt des Grundbuchs und der wirklichen Rechtslage vorzubeugen. Ein solcher Zwiespalt wäre aller-

dings zu gewärtigen, wenn der als Eigentümer eingetragene Besitzer das Eigentum nicht erworben hätte, der Anspruch des wahren Eigentümers aber verjährt wäre. Damit würde ein dominium sine re entstehen und, wenn dann das Grundstück in den Besitz eines Dritten gelangte, könnten sich praktische Schwierigkeiten ergeben. Die Kommission hielt es für wünschenswert, eine Beseitigung des dominium sine re zu ermöglichen; zugleich glaubte sie zur Befestigung der Stellung des eingetragenen (wirklichen) Eigentümers beizutragen, wenn sie denselben in die Lage setzte, unbegründete Ausstellungen gegen die Rechtmäßigkeit seines Erwerbes durch den Hinweis auf die lange Dauer seines Besitzes und seiner Eintragung abweisen zu können, statt auf weit zurückliegende Erwerbsakte eingehen zu müssen (vgl. P. II Bd. 3 S. 193f.).

2. Die **Erfordernisse** der Tabularersitzung des Eigentums sind sehr einfach.

a) Wer sich auf den § 900 Abs. 1 beruft, braucht nur nachzuweisen, daß er dreißig Jahre lang als Eigentümer des Grundstücks eingetragen und während dieser Zeit im Eigenbesitze desselben (§ 872) gewesen ist. Auch der mittelbare Eigenbesitz genügt.

b) Die Frist wird ebenso berechnet wie für die Ersitzung einer beweglichen Sache (Abs. 1 Satz 2). Die Vorschriften der §§ 938—944 kommen daher auch hier zur Anwendung. Die Anwendung des § 944 ist nicht dadurch bedingt, daß der Erbschaftsbesitzer eingetragen ist; die fortdauernde Eintragung des Erblassers genügt (Biermann S. 96).

c) Guter Glaube des Besitzers ist ebensowenig erforderlich, wie ein sog. Titel zum Erwerbe. Der Nachweis, daß der Besitzer sich der Unrechtmäßigkeit seiner Eintragung oder seines Besitzes bewußt gewesen sei (§ 937 Abs. 2), hindert die Ersitzung nicht.

Dagegen hemmt die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit der Eintragung des Besitzers den Lauf der Frist (vgl. §§ 205, 939). Der § 900 sagt dies unter Abs. 1 Satz 3 ausdrücklich, um außer Zweifel zu stellen, daß der eingetragene Widerspruch nicht bloß die ihm in dem § 892 Abs. 1 beigelegte Bedeutung hat, sondern allgemein dazu bestimmt ist, das Recht, wegen dessen er eingetragen wurde, dagegen zu schützen, daß zum Nachteile desselben das Grundbuch richtig wird. Die Hemmung der Ersitzung dauert bis zur Löschung des Widerspruchs.

3. Die **Wirkung** der dreißigjährigen Dauer des Besitzes und der Eintragung besteht in der Erlangung des Eigentums; sie tritt zwar nur insoweit ein, als beide Erfordernisse des Erwerbes sich mit einander decken, mit diesem Vorbehalt aber gerade so wie in dem Falle, in welchem die Eintragung des Eigentümers rechtmäßig erfolgt ist.

Die Ersitzung des § 900 gehört zu den sog. originären Erwerbsarten, sie kann aber, wie die zweite Kommission zutreffend angenommen hat (Erl. 1), auch von dem eingetragenen wahren Eigentümer zum Schutze gegen unbegründete Angriffe auf sein Eigentum angerufen werden.

4. **Gegenstand der Tabularersitzung** kann nicht bloß das Eigentum, sondern **auch ein Recht an einem fremden Grundstücke sein**, sofern es die Befugnis zum Besitze des Grundstücks verleiht oder seine Ausübung nach den Vorschriften über den Besitz geschützt ist. Der zu Grunde liegende Gedanke besteht darin, daß für ein eingetragenes Recht, bei dem eine dieser Voraussetzungen zutrifft, die Eintragung des Berechtigten und der Besitz des Grundstücks bezw. die Ausübung des Rechtes eine ähnliche Bedeutung hat wie für das Eigentum. Auch in Ansehung eines solchen Rechtes könnte ein die Verjährung der Ansprüche aus demselben überdauernder Zwiespalt zwischen dem Grundbuch und der wirklichen Rechtslage Unzuträglichkeiten hervorrufen, denen das Gesetz, soweit möglich, begegnen muß. Der § 900 schreibt deshalb in seinem zweiten Absatze die entsprechende Anwendung der Bestimmungen des ersten Absatzes auf die Fälle vor, in welchen der Erwerb des Rechtes in Frage ist. Der Erwerb tritt danach ein, wenn die beiden Erfordernisse — Eintragung und Besitz bezw. besitzähnliches Verhältnis — dreißig Jahre bestanden haben. Es kann dieserhalb auf die Erl. 2 und 3 verwiesen werden (näheres über die Servitutenersitzung bei Kohler im Arch. f. civ. Pr. 87 S. 291ff.). Wegen der Bestimmung des Ranges durch die Eintragung ist § 879 Abs. 2 zu vergleichen. Weiter ist hervorzuheben:

a) Zu den Rechten, vermöge deren der Berechtigte zum **Besitze des Grundstücks** oder eines entsprechenden reellen Teiles desselben befugt ist, gehören nach dem BGB. das Erbbaurecht (§§ 1012ff.), der Nießbrauch (§ 1036 Abs. 1) und das Wohnungsrecht (§ 1039), nach dem EG. das Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdnerrechts und des Häuslerrechts (Art. 63), unter Umständen auch gewisse Abbaurechte (Art. 68), andere Rechte, deren Regelung der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, nur insoweit, als nicht eine landesgesetzliche Vorschrift entgegensteht (Art. 4, 56ff.).

§. 901. Ist ein Recht an einem fremden Grundstück im Grundbuche mit Unrecht gelöscht, so erlischt es, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigenthümer verjährt ist. Das Gleiche gilt, wenn ein kraft Gesetzes entstandenes Recht an einem fremden Grundstücke nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist.

---

b) Die andere Kategorie der Rechte, **deren Ausübung besitzähnlich geschützt wird**, ist in dem BGB. nur durch die Grunddienstbarkeiten (§ 1029) und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1090 Abs. 2), mit Ausnahme des Wohnungsrechts (§ 1039), vertreten; inwiefern Rechte, die in fortgeltenden Normen der Landesgesetze sich gründen, dieser Kategorie zuzurechnen sind, bestimmt sich nach dem Inhalte des Landesrechts (vgl. EG. Art. 4, 56 ff.).

Da es sich hier um Rechte handelt, aus denen ein Anspruch auf den Besitz des Grundstücks nicht hergeleitet werden kann, ein Rechtsbesitz aber nicht stattfindet, so bleibt nur übrig, die Vorschriften des Abs. 1 dadurch zur entsprechenden Anwendung zu bringen, daß das Besitzerfordernis durch das Erfordernis der Ausübung des Rechtes ersetzt wird. Es fragt sich nur, wie sich dieses Erfordernis bei den sog. nichtständigen Dienstbarkeiten erfüllen soll. Die Frage ist im allgemeinen eine Tatfrage, die sachgemäß nur für den einzelnen Fall sich entscheiden läßt. Biermann S. 96, Fuchs S. 191 Erl. 8 u. a. nehmen mit Rücksicht auf § 1029 an, daß das Erfordernis nur dann vorliege, wenn die Dienstbarkeit während der dreißigjährigen Frist mindestens einmal jährlich ausgeübt worden sei. Dagegen hält Maenner S. 63 (Note 7) die Ausübung am Anfang und am Ende der Frist für genügend. Allerdings findet nach § 1029 der Besitzschutz im einzelnen Falle nur insoweit statt, als das Recht „innerhalb des letzten Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist". Allein der § 900 Abs. 2 macht den Erwerb der Dienstbarkeit nach Maßgabe des Abs. 1 nicht von dieser Voraussetzung abhängig, sondern verweist auf den Besitzschutz nur, um erschöpfend die Rechte zu kennzeichnen, auf welche die entsprechende Anwendung des Abs. 1 zu beschränken ist. Im übrigen enthält der Abs. 2 nichts darüber, wann bei einem Rechte, „dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist," ein dem dreißigjährigen Sachbesitz entsprechendes Verhältnis (Quasibesitz) vorliegt. Bei der Entscheidung wird man davon auszugehen haben, daß ein solches Verhältnis für den eingetragenen Berechtigten durch einmalige Ausübung des Rechtes entsteht (vgl. §§ 854, 855). Daß die §§ 938—944 auch hier entsprechend anzuwenden sind, ist nach § 900 nicht zu bezweifeln. Im Hinblick auf § 938 aber kann für das Besitzerfordernis ein Mehreres nicht verlangt werden als der Beweis, daß das Recht am Anfang und am Ende der Ersitzungsfrist von dem Erwerber ausgeübt worden ist. Da durch § 938 aber nur eine Vermutung für die Fortdauer des Besitzes, hier des Quasibesitzes, begründet wird, so ist der Gegenbeweis zulässig, daß der Quasibesitz nicht während der ganzen dreißig Jahre gedauert habe. Dieser Beweis wird nach § 1029 dadurch geführt, daß die Dienstbarkeit während eines Jahres nicht ausgeübt worden ist. Hierbei kommt jedoch dem Besitzer die Vorschrift des § 940 zu gute.

5. Für die **Übergangszeit** sind die Bestimmungen des EG. Art. 169, 189 zu beachten (s. Bd. VI Erl. 13 zu Art. 189).

§ 901.

E. II § 816 rev. § 886; III § 885. P. II Bd. 3 S. 327, 412 f., 620, 738; Bd. 4 S. 588.

1. **Der § 901 beruht auf demselben Gedanken** wie der § 900; er bezweckt wie dieser einen dauernden Zwiespalt zwischen dem Inhalte des Grundbuchs und der wirklichen Rechtslage zu verhindern. Im Anschluß an den Ausdruck Tabularersitzung (Buchersitzung) gebrauchen daher einige (z. B. Kohler im Arch. f. civ. Pr. 87 S. 296) für das hier geregelte Institut die Bezeichnung **Tabularversitzung** (Buchversitzung).

2. **Vorausgesetzt** wird einer der Fälle, in welchen ein Recht an einem fremden Grundstück aus dem Buche nicht ersichtlich, das Buch also unvollständig und deshalb unrichtig, der Anspruch aus dem Rechte aber gegen den Eigentümer verjährt ist. Dabei werden die Fälle, in welchen das Recht im Grundbuche zu Unrecht gelöscht worden (Satz 1), und die Fälle, in welchen es außerhalb des Buches zur Entstehung, jedoch nicht zur Eintragung gelangt war (Satz 2), zwar von einander unterschieden, aber derselben Vorschrift unterworfen. Zu den Rechten, die ohne Eintragung (kraft Gesetzes) entstehen, gehören der Nießbrauch im Falle des § 1075 Abs. 1 und die Sicherungshypothek in den Fällen des § 1287 Satz 2 und der CPO. § 848 Abs. 2 Satz 2, dagegen nicht die Renten, welche für einen Überbau oder einen Notweg zu entrichten sind, weil sie nach dem BGB. § 914 Abs. 2 Satz 1, § 917 Abs. 2 Satz 2 in das Grundbuch nicht eingetragen

§. 902. Die Ansprüche aus eingetragenen Rechten unterliegen nicht der Verjährung. Dies gilt nicht für Ansprüche, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind.

Ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, steht einem eingetragenen Rechte gleich.

---

werden (a. M. Dernburg III S. 146 § 49 Anm. 14); auf nicht eintragungsfähige Rechte findet der § 901 seinem Grundgedanken (Erl. 1) entsprechend keine Anwendung.

Die Voraussetzungen der Verjährung ergeben sich aus den §§ 194ff. Insbesondere bestimmt sich der Zeitpunkt des Beginns der Verjährung nach den §§ 198ff. mit der Maßgabe, daß im Falle des § 901 Satz 1 vor der Löschung die Verjährung eines vorher entstandenen Anspruchs nicht zu laufen beginnt (§ 902). Die Löschung als solche genügt nicht, um die Verjährungsfrist in Lauf zu setzen, da sie den Anspruch aus dem Rechte gegen den Eigentümer nicht zur Entstehung bringt, sondern nur den nach § 898 nicht in Betracht kommenden Berichtigungsanspruch erzeugt (s. Bd. I S. 338ff.; Wolff im Arch. f. civ. Pr. 91 S. 372ff.; a. M. Kohler ebd. 87 S. 296f.; Turnau-Förster I S. 262 Erl. 2). Durch die Eintragung eines Widerspruchs wird die Verjährung unterbrochen (s. Erl. 2b zu § 902).

Näheres über die Voraussetzungen der Tabularversitzung von Servituten Kohler a. a. O.

3. **Wirkung.** Während nach der Regel des § 222 Abs. 1 die Verjährung das Recht nicht aufhebt, sondern nur eine den Anspruch ausschließende Einrede erzeugt (Bd. I S. 367 Erl. 1 zu § 222), knüpft der § 901, um das Grundbuch richtig zu stellen, ausnahmsweise an die Verjährung die rechtliche Folge, daß das Recht selbst erlischt. Über die Möglichkeit eines teilweisen Erlöschens, insbesondere der Servituten vgl. Kohler a. a. O. S. 299ff.

4. **Ein Erlöschen eingetragener Rechte durch Verjährung** kennt das BGB. bei den Grunddienstbarkeiten und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1028, 1090).

§ 902.

E. I § 847; II § 817 rev. § 887; III § 886. P. I S. 3722ff., 3949f., 3953, 6271; M. III S. 250ff. P. II Bd. 3 S. 117f.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der § 902 macht in seinem Abs. 1 Satz 1 von der Regel des § 194 Abs. 1, nach welcher die Ansprüche der Verjährung unterliegen, eine Ausnahme zu Gunsten derjenigen Ansprüche, welche in eingetragenen Rechten sich gründen. Die Ausnahme liegt in der Konsequenz der Grundbucheinrichtung und entspricht im allgemeinen auch den bisherigen Gesetzen (M. III S. 250f.). Die Bucheinrichtung dient ebenso wie das Verjährungsinstitut der Rechtssicherheit. Aber während die Verjährung, um diese Sicherheit zu erreichen, den Passivbeteiligten vor der Geltendmachung eines Rechtes schützt, welches infolge der langen Dauer seiner Nichtausübung zweifelhaft und ungewiß erscheint, sucht die Bucheinrichtung dadurch zum Ziele zu gelangen, daß sie den Aktivbeteiligten schützt, indem sie das Recht desselben mittels der Eintragung feststellt und so der Ungewißheit entzieht. Bei eingetragenen Rechten entfällt mithin, soweit ihr Inhalt aus dem Grundbuche sich ergibt, der Grund, auf dem die Verjährung beruht. Die Verjährung könnte hier nur mit Preisgebung eines Hauptzweckes der Bucheinrichtung zugelassen werden, während die Zulassung über ihren eigenen Zweck hinausginge. Dieser Zweck erfordert nur, einem lange Zeit hindurch nicht ausgeübten Rechte die Betätigung zu versagen. Von einem Rechte aber, das allen Beteiligten durch das Grundbuch kundgetan wird, kann man nicht behaupten, daß der Berechtigte es nicht ausübe. Überdies würde die Verjährung nur relativ wirken, da ihre Geltendmachung gegen einen Sondernachfolger des Berechtigten in der Regel ausgeschlossen sein müßte (§ 892 Abs. 1); solche Verhältnisse aber sind ohne Not nicht zu gestatten.

2. **Voraussetzung der Unverjährbarkeit** auf Grund des § 902 ist lediglich die Eintragung des Rechtes, welches den Anspruch begründet (sei es Eigentum, ein anderes Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte), oder eines Widerspruchs zu Gunsten dieses Rechtes.

a) **Der § 902 schützt die eingetragenen Rechte** ohne Rücksicht darauf, ob die Eintragung zur Entstehung des Rechtes erforderlich gewesen oder nur zur Berichtigung des Grundbuchs erfolgt ist. Die Verjährung der Ansprüche ist in diesem wie in jenem Falle unstatthaft, weil die

Tatsache der Eintragung des Rechtes es ist, durch welche die volle Wirkung desselben dauernd sichergestellt wird. Darum erscheint es auch belanglos, ob bei einem eingetragenen Rechte ein Wechsel in der Person des Berechtigten eingetreten, jedoch nicht zur Eintragung gelangt ist. Der nicht eingetragene Rechtsnachfolger des eingetragenen Berechtigten — namentlich der Erbe (M. III S. 254, P. II Bd. 3 S. 117f.) und bei einer verbrieften Hypothek oder Grundschuld der Zessionar (§§ 1153ff., § 1192 Abs. 1, § 1199), aber auch, wenn eine Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 1187ff.) oder eine Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs eingetragen ist, der Inhaber — kann sich auf den § 902 Abs. 1 Satz 1 ebenso gut berufen, wie der Rechtsvorgänger es gekonnt haben würde. Man wird sogar noch weitergehen und den § 902 selbst dann anwenden müssen, wenn der wirkliche Berechtigte nicht Rechtsnachfolger des eingetragenen ist, so daß sich also der wirkliche Berechtigte stets auf den § 902 berufen kann, wenn ein dritter Nichtberechtigter eingetragen ist. Denn der § 902 verlangt nur, daß das Recht, aus dem der Anspruch entsprungen ist, nicht daß der Kläger eingetragen ist, und das Bestehen des Rechtes wird durch das Grundbuch nicht weniger kundbar gemacht, wenn ein anderer als der wirkliche Berechtigte gebucht ist. Demnach unterliegt z. B., wenn überhaupt jemand als Eigentümer eingetragen ist, der Anspruch des wahren Eigentümers nicht der Verjährung (s. Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 38f., Turnau-Förster I S. 266 Erl. 2, Oberneck S. 237; a. M. Fuchs S. 196 Erl. 3a, Biermann S. 98, Henle im Recht 1900 S. 487).

Die Forderung, für welche eine Hypothek besteht, wird von dem § 902 nicht betroffen. Der persönliche Anspruch verjährt nach § 194 Abs. 1; die Verjährung steht aber der Geltendmachung des dinglichen Rechtes nicht entgegen (§ 223).

b) Die Verjährung von Ansprüchen aus nicht eingetragenen Rechten an Grundstücken wird durch Eintragung eines **Widerspruchs** verhindert. Die Frage, ob das Hindernis als Unterbrechung (§ 217) oder nur als Hemmung (§ 205) zu betrachten ist, wird im Sinne der Unterbrechung zu entscheiden sein, da der § 902 in seinem zweiten Absatz ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch eingetragen ist, einem eingetragenen Rechte gleichstellt, der Anspruch aus einem solchen Rechte aber, wenn dasselbe zu Unrecht gelöscht wird (§ 901 Satz 1), erst von dem Tage der Löschung an der Verjährung unterliegt, diese mithin einer Verjährung gegenüber, die schon vor der Eintragung begonnen hatte, als eine neue anzusehen ist. Die Vorschrift des § 900 Abs. 1 Satz 3 steht nicht entgegen, weil sie nur den Einfluß des Widerspruchs auf den Lauf der Ersitzung bestimmt. Wenn daher der Widerspruch gelöscht wird, das Recht aber bestehen bleibt, so muß die Verjährung des Anspruchs von neuem anfangen (s. Schilde a. a. O. S. 78f.; a. M. Wolff im Arch. f. civ. Pr. 91 S. 377f.). Nach Analogie des § 216 Abs. 1 wird man aber die Unterbrechung, falls der Widerspruch auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils (CPO. § 895) eingetragen ist, nicht als erfolgt ansehen dürfen, wenn der Widerspruch gemäß § 25 der GBO. oder auf Grund der Bewilligung des Berechtigten gelöscht wird (s. Biermann S. 98, andererseits Fuchs S. 193, Schilde a. a. O.).

Ein vorgemerkter Anspruch wird durch die Vormerkung der Verjährung nicht entzogen (S. 119 Erl. 31 zu § 883).

3. Die Ausnahme von der Verjährungsregel trifft nicht alle Ansprüche aus einem eingetragenen Rechte; sie gilt nach Abs. 1 Satz 2 **„nicht für Ansprüche, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind"**. Die Verjährbarkeit dieser Ansprüche steht im Einklange mit dem bisherigen Rechte (M. III S. 253), ohne den Zweck der Grundbucheinrichtung zu beeinträchtigen. Das Buch gibt keine Auskunft darüber, ob wiederkehrende Leistungen, die auf Grund eines eingetragenen Rechtes gefordert werden können (§§ 1020—1022, 1090, 1105, 1107, 1115, 1118, 1192, 1200), rückständig sind oder ob dem Berechtigten ein Schaden zu ersetzen ist (vgl. z. B. §§ 904, 989—992, 1057, 1065). Eine Unrichtigkeit des Buches tritt daher nicht ein, wenn der eine oder der andere Anspruch wegfällt. Das Recht kann auch ferner nach Inhalt des Grundbuchs ausgeübt werden; seine Eintragung steht nicht im Gegensatze zur Verjährung der hier fraglichen Ansprüche. Wegen der Verjährungsfrist sind die §§ 195, 197, 852 zu vergleichen.

Zu den wiederkehrenden Leistungen gehören auch die vereinbarten regelmäßigen Amortisationsbeiträge der Hypothekenforderungen (RG. 54 S. 93, KG. 24 S. A 246).

4. Eine weitere **Einschränkung** erleidet die Vorschrift des § 902 Abs. 1 Satz 1 bei den **Grunddienstbarkeiten und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten** durch die Bestimmungen des § 1028, § 1090 Abs. 2.

Dritter Abschnitt.

Eigenthum.

5. Übergangsvorschriften werden im EG. Art. 169, 181 Abs. 1, 184ff. gegeben. Inwieweit die Landesgesetze für die ihrer Regelung vorbehaltenen Institute auch die Verjährung der Ansprüche aus eingetragenen Rechten abweichend von dem § 902 gestalten dürfen, ist aus dem EG. Art. 57ff. zu entnehmen.

Dritter Abschnitt.

1. **Gegenstand des Eigentums.** Während das römische Recht dem Eigentumsbegriffe nur Sachen unterwarf, wandte das deutsche Recht diesen Begriff auch auf andere Gegenstände des Rechtsverkehrs an. In dem Kampfe zwischen beiden Richtungen gewann zunächst die deutschrechtliche Auffassung die Oberhand, indem sie nicht bloß in die Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes überging, sondern auch in dem bayerischen LR. II 2 § 4 und dem preußischen ALR. I 8 § 2 zur Anerkennung gelangte. Auf diese Weise wurde der begriffliche Unterschied zwischen Eigentum und Vermögen nahezu verwischt, die Vorstellung eines Herrschaftsverhältnisses, in welchem der Eigentümer zu der ihm gehörigen Sache steht, auf die Verfügungsmacht über Rechte und andere Dinge übertragen, die infolge ihrer Unkörperlichkeit nicht wie Sachen beherrscht werden können. Die Rechtswissenschaft kehrte deshalb zu der römischen Auffassung des Eigentums zurück, und die neueren Kodifikationen, namentlich der hessische Entw. I 3 Art. 1, der bayerische Entw. III Art. 89 und das sächsische Gesetzbuch § 217, sind ihr gefolgt.

Nach dem BGB. findet das Eigentum nur an Sachen statt (§§ 90, 903). Rechte, Begriffsganze, Erzeugnisse der geistigen Arbeit, überhaupt unkörperliche Dinge sind nicht Gegenstand des Eigentums. Dies hindert natürlich nicht, daß Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind (§ 96), als Bestandteile des Grundstücks angesehen werden und daß für das Erbbaurecht die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften gelten (§ 1017). Der Ausdruck „geistiges Eigentum“, mit dem in der Reichsverfassung Art. 4 Nr. 6 das Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken zc. bezeichnet wird, ist in den Spezialgesetzen über diesen Gegenstand aufgegeben; das BGB. hat von einer Regelung der Urheberrechte abgesehen (vgl. Bd. I S. 51).

Das Eigentum an einer Sache ergreift alle wesentlichen Bestandteile derselben (§ 93). Daher ist das sog. Stockwerkseigentum und ein von dem Eigentum an der Sache getrenntes Eigentum an Erzeugnissen, solange dieselben mit dem Boden zusammenhängen (§ 94), unstatthaft. Das Bergwerkseigentum wird in dem BGB. nicht geordnet (EG. Art. 67).

2. **Übergangsbestimmungen.** Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Eigentum finden von dieser Zeit an nach dem EG. Art. 181 Abs. 1 die Vorschriften des neuen Rechtes Anwendung. Die Frage dagegen, ob im einzelnen Falle Eigentum erworben ist, entscheidet sich nach den zur Zeit des Erwerbes maßgebend gewesenen Gesetzen; inwiefern auf eine noch nicht vollendete Ersitzung die Normen des BGB. anzuwenden sind, wird im EG. Art. 185 und Art. 189 Abs. 2 bestimmt. Im übrigen erleidet die Regel nach dem EG. einige Ausnahmen:

a) Steht das Eigentum an einer Sache mehreren nicht nach Bruchteilen zu oder ist ein Sondereigentum an stehenden Erzeugnissen eines Grundstücks, insbesondere an Bäumen, begründet, so bleiben diese Rechte bestehen (Art. 181 Abs. 2). Dies gilt namentlich für das Stockwerkseigentum, bezüglich dessen auch das Rechtsverhältnis der Beteiligten unter einander sich nach den bisherigen Gesetzen bestimmt (Art. 182).

b) Zu Gunsten eines Waldgrundstücks bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Recht der Nachbarn in Ansehung der auf dem Grundstück oder auf der Grenze stehenden Bäume und Sträucher abweichend von § 910 und § 923 Abs. 2, 3 gestalten, bis zur nächsten Verjüngung des Waldes in Kraft (Art. 183).

Erster Titel.

Inhalt des Eigenthums.

c) Die Landesgesetzgebung kann die Anwendung der das Grundeigentum regelnden Normen auf bestehende vererbliche und übertragbare Nutzungsrechte an Grundstücken vorschreiben (Art. 196).

Auch entscheiden die Landesgesetze darüber, ob ein bestehendes bäuerliches Nutzungsrecht, welches nicht unter Art. 63 fällt, nach seiner Beendigung neu begründet werden kann und der Gutsherr zu der Begründung verpflichtet ist (Art. 197).

d) Solange für ein Grundstück nicht nach Art. 186 das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, erfolgt der Erwerb und Verlust des Eigentums an diesem Grundstücke nach den bisherigen Gesetzen (Art. 189 Abs. 1).

3. Für diejenigen Rechtsmaterien, deren Regelung in dem EG. Art. 57 ff. der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, kann auch das Eigentum abweichend von den Vorschriften des BGB. geordnet werden (vgl. Art. 3, 4, 55).

4. Der vorliegende Abschnitt zerfällt in die fünf Titel: Inhalt des Eigentums; Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken; Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen; Ansprüche aus dem Eigentume; Miteigentum.

Erster Titel.

1. Eine Definition des Eigentumsbegriffs wird in dem BGB. ebensowenig gegeben wie in den Quellen des römischen und des älteren deutschen Rechtes. In der heutigen Wissenschaft besteht Einverständnis darüber, daß das Recht der vollständigen und ausschließlichen Herrschaft über eine Sache als Eigentum zu bezeichnen ist (s. jedoch Schloßmann in Iherings Jahrb. 45 S. 289 ff.). Verschieden wird nur die Frage beantwortet, ob die Hervorhebung dieses Herrschaftsverhältnisses genügt oder ob in die Definition auch die Beschränkungen mit hineinzuziehen sind, welche das Eigentum unmittelbar durch gesetzliche Vorschriften oder mittelbar durch Rechte Dritter erleidet. Die Frage hat indessen kaum mehr als theoretische Bedeutung. Sie wird hier nur deshalb berührt, weil der angedeutete Gegensatz auch in der Gesetzgebung zum Ausdrucke gelangt ist. Während nämlich das bayerische LR. II 2 § 1, der code civil art. 544 und der bayer. Entw. III Art. 69 die Beschränkungen bei der Begriffsbestimmung mit berücksichtigen, wird in dem hessischen Entw. I 3 Art. 1 und dem sächsischen GB. § 217 das Eigentum lediglich als das Recht der vollen und ausschließlichen Herrschaft über eine Sache hingestellt. Das preuß. ALR. I 8 sagt im § 1: „Eigentümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechtes, mit Ausschließung anderer, durch sich selbst oder einen Dritten zu verfügen." Von den Einschränkungen des Eigentums wird erst in den §§ 21 ff. gehandelt; eine Definition dieses Rechtes findet sich im ALR. nicht.

2. Die Herstellung eines gemeinsamen Privatrechts für das deutsche Reich hatte nicht die Aufgabe, an dem hergebrachten Begriffe des Eigentums, wie derselbe unter Ziff. 1 gekennzeichnet ist, etwas wesentliches zu ändern. **Das BGB. betrachtet deshalb diesen Begriff als gegeben und begnügt sich damit, die entsprechenden Folgerungen aus demselben zu ziehen.** Zu diesen Folgerungen gehört namentlich die Bestimmung des § 903, daß der Eigentümer, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Der Zwischensatz schränkt freilich die Tragweite der Bestimmung ein, stellt aber keineswegs ein neues Begriffserfordernis gegenüber denjenigen Gesetzen auf, welche das Eigentum ohne Rücksicht auf dessen Beschränkungen definieren. Denn da das Eigentum selbst nur vermöge der Rechtsordnung besteht, so können auch die Befugnisse, die es dem Eigentümer gibt, nur in dem Rahmen dieser Ordnung, d. h. nur unbeschadet der Beschränkungen, die in gesetzlichen Vorschriften sich gründen, ausgeübt werden. Das gleiche muß auch dann gelten, wenn eine Beschränkung nicht unmittelbar durch das Gesetz hervorgerufen, sondern durch das Recht eines Dritten bewirkt wird. Denn auch ein solches Recht kann die Befugnisse des Eigentümers nur nach Maßgabe des Gesetzes überwinden. Beide Kategorieen haben das mit einander gemeinsam, daß sie nicht eigentlich den Inhalt des Eigentums mindern, sondern nur der Ausübung desselben in der einen oder der anderen Richtung entgegentreten. Die Befugnisse, die sie einem Dritten beilegen, sind nicht dem

§. 903. Der Eigenthümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen.

Eigentum entnommen, sondern von demselben unabhängige Berechtigungen, die auch dann, wenn sie den gleichen Inhalt haben wie die entsprechenden Befugnisse des Eigentümers, doch nicht mit diesen identisch sind. Wenn daher die Beschränkung wegfällt oder das Recht, durch welches sie begründet wurde, erlischt, so kann der Eigentümer seine Befugnisse wieder frei ausüben, ohne sie erst zurückerwerben zu müssen (Konsolidationslage).

3. Das Eigentum des BGB. zerfällt nicht in einzelne Arten, die sich begriffsmäßig von einander unterschieden. Zwar kann es mehreren Personen gleichzeitig zustehen, aber nur so, daß dieselben gemeinschaftlich berechtigt sind. Eine Teilung des Rechtes findet nur nach ideellen Anteilen, in der Form des Miteigentums (§§ 1008—1011), statt. Dagegen können die Befugnisse, welche aus dem Eigentume hervorgehen, nicht wie nach dem preuß. ALR. I 8 §§ 16 ff. mit der Wirkung geteilt werden, daß der eine Teilhaber diese, der andere jene Befugnis als Recht an der Sache erhält. Das Eigentum ist, wie die M. III S. 262 zutreffend bemerken, „nicht eine Summe einzelner Befugnisse", die teilweise von ihm getrennt werden könnten, sondern ein einheitliches Recht, welches der realen Teilung widerstrebt. Deshalb ist die Zerlegung des Eigentums in Obereigentum und Unter- oder Nutzeigentum dem BGB. unbekannt. Ein Nutzungsrecht an einer Sache, namentlich an einem Grundstück, ist doch, auch wenn es den weitesten Umfang hat, immer nur ein begrenztes Recht, nach dessen Wegfalle sich das Eigentum wieder voll zu betätigen vermag. Die Landesgesetzgebung ist freilich nicht behindert, für gewisse Rechtsmaterien, deren Regelung ihr in dem EG. Art. 57 ff. vorbehalten ist, ein geteiltes Eigentum anzuerkennen oder einzuführen.

4. Die Beschränkungen des Eigentums, die durch andere Rechte an der Sache hervorgerufen werden, scheiden hier aus, weil diese Rechte in dem vierten bis neunten Abschnitt ihre besondere Regelung finden, im allgemeinen aber ihr Verhältnis zum Eigentume bereits in den Vorbm. S. 9 dargelegt worden ist.

Die gesetzlichen Beschränkungen gehören zum großen Teil dem öffentlichen Rechte an. Soweit sie nicht durch Reichsgesetz bestimmt sind (z. B. durch das Ges., betr. die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen, v. 21. Dez. 1871 und das Ges. über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden v. 13. Febr. 1875), ist für sie das Landesrecht maßgebend (EG. Art. 55, 109—111). Die wichtigsten Eigentumsbeschränkungen, für welche die Landesgesetzgebung zuständig bleibt, liegen auf den Gebieten des Enteignungsrechts, des Baurechts, des Wasserrechts, des Bergrechts, des Agrar- und Forstrechts.

Das BGB. hat es nur mit privatrechtlichen Beschränkungen zu tun. Aber auch diese werden nicht erschöpfend geordnet; das EG. enthält zahlreiche Vorbehalte, nach denen die Landesgesetze in den aus Art. 55 ff. sich ergebenden Grenzen das Eigentum beschränken können, und erhält insbesondere auch die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht, welche das Eigentum an Grundstücken zu Gunsten der Nachbarn noch anderen als den in diesem Titel bestimmten Beschränkungen unterwerfen (Art. 124 Satz 1; vgl. RG. 50 S. 319). Das BGB. begrenzt zunächst im Allg. Teile die Ausübung der Rechte durch das Chikaneverbot des § 226 und durch die Zulassung der Selbstverteidigung gegen fremde Sachen nach Maßgabe des § 228; die besonderen Eigentumsbeschränkungen haben ihren Sitz in dem vorliegenden Titel.

5. Dieser Titel bestimmt, seiner Überschrift entsprechend, den Inhalt des Eigentums, und zwar in dem § 903 die Befugnisse des Eigentümers, in dem § 904 die Beschränkung gegenüber einer Einwirkung, die zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist, in dem § 905 den Umfang des Grundeigentums in Ansehung des Raumes über der Oberfläche und des Erdkörpers unter derselben, in den §§ 906—924 die Beschränkungen, die aus dem Nachbarverhältnisse hergeleitet werden.

Von den einzelnen Paragraphen beziehen sich die §§ 903, 904 auf das Eigentum an beweglichen Sachen und an Grundstücken, die §§ 905—924 nur auf das Grundeigentum.

§ 903.

E. I § 848; II § 818 rev. § 888; III § 887. P. I S. 3727 ff.; M. III S. 262 f. P. II Bd. 3 S. 118 ff. D. S. 661. StB. S. 714. RB. S. 1997 f.

Schloßmann, Über den Begriff des Eigentums, in Iherings Jahrb. 45 S. 289 ff.

1. **Die Befugnisse des Eigentümers**, die der § 903 bestimmt, sind Folgerungen aus dem vorausgesetzten Begriffe des Eigentums. Vielleicht lassen sie sich schon aus den Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentume (§§ 985 ff., 1004, 1005) sowie über die Veräußerung und Belastung der Sache (§§ 873, 925, 928, 929, 1012, 1015, 1018, 1030, 1032, 1090, 1094, 1097, 1105, 1113, 1116, 1117 ꝛc.) herleiten. Da aber das Eigentum für die gesamte Staats- und Gesellschaftsordnung von grundlegender Bedeutung ist, so hat der Gesetzgeber es für angemessen gehalten, den Inhalt und Begriff des Eigentums durch Bezeichnung der Befugnisse des Eigentümers festzustellen. Eine solche Feststellung hat namentlich insofern praktischen Wert, als durch sie jedem Zweifel daran vorgebeugt wird, daß das Eigentum anderen als den durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründeten Beschränkungen nicht unterworfen ist.

2. **Der Inhalt des Eigentums**, dem die Befugnisse des Eigentümers entsprechen, ist teils **positiver, teils negativer Natur** (a. M. Schloßmann a. a. O. S. 323 ff.).

a) Die positive Seite berechtigt den Eigentümer, das Schicksal der Sache nach seinem Willen zu bestimmen, mit derselben, wie der § 903 sich ausdrückt, „nach Belieben" zu verfahren. Der E. I § 848 sagte: „nach Willkür". Die zweite Kommission hat an die Stelle der Willkür das Belieben gesetzt, aber nicht in der Absicht, sachlich abzuweichen, sondern nur, um den Anstoß zu vermeiden, den der Ausdruck des E. I insofern erregt hatte, als in ihm die Anerkennung gefunden werden könnte, daß der Eigentümer auch von allen durch die Gebote der Sittlichkeit gegebenen Beschränkungen im Gebrauche der Sache befreit sein sollte (P. II Bd. 3 S. 120). Einem solchen Mißbrauche des Eigentums tritt das BGB. durch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 226, 826 entgegen (vgl. RG. 50 S. 226; Bad. RP. 1903 S. 266; Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht 1901 S. 48 ff.).

Die positive Seite des Eigentums verleiht dem Eigentümer die tatsächliche und die rechtliche Herrschaft über die Sache.

α) Die Befugnisse, in welchen **die tatsächliche Herrschaft** sich äußert, werden in dem Gesetzbuche nicht aufgezählt. Eine solche Aufzählung würde auch kaum zur Klarstellung des Eigentumsbegriffs beitragen, vielleicht sogar das Mißverständnis erwecken, daß das Eigentum nicht ein einheitliches Recht, sondern eine Mehrheit von Befugnissen sei, deren jede für sich dem Eigentume durch eine Verfügung des Eigentümers entzogen werden könne. In beiden Kommissionen wurden Anträge, die mindestens das Recht, die Sache zu besitzen und zu benutzen, hervorheben wollten, als entbehrlich und irreführend abgelehnt. Die zweite Kommission betonte namentlich, daß dieses Recht nicht dem Eigentümer ausschließlich zustehe, das Recht desselben zum Besitze der Sache ohnehin aus § 985 zur Genüge erhelle. Der § 903 ist so gefaßt, daß aus ihm alle Befugnisse, die das Eigentum gewähren kann, mit logischer Notwendigkeit sich ergeben.

β) **Die rechtliche Herrschaft** zeigt sich darin, daß der Eigentümer sich seines Rechtes einseitig begeben (§§ 928, 959), dasselbe auf einen anderen übertragen (§§ 873, 925, 929) oder die Sache zu Gunsten eines Dritten mit einem Rechte belasten kann (§§ 1012, 1018, 1030 ꝛc.) Der E. I erklärte in seinem § 848 ausdrücklich den Eigentümer für befugt, über die Sache zu verfügen. Die zweite Kommission hat die Hervorhebung der Verfügungsbefugnis abgelehnt weil sie sich sagte, daß diese Befugnis nicht zum Begriffe des Eigentums gehöre, sondern auch mit anderen Rechten, insbesondere den Forderungsrechten, verbunden sei. Es bewendet somit bei der für alle Vermögensrechte geltenden Regel, daß der Berechtigte über das Recht verfügen kann, auch in Ansehung des Eigentums. Indessen bringt doch der § 903 diese Regel dadurch zum Ausdrucke, daß er dem Eigentümer die Befugnis einräumt, nach Belieben mit der Sache zu verfahren. Diese Auslegung erscheint deshalb nötig, weil, wenn man sie ablehnt der Satz „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen", der zweifellos auch für die (rechtlichen) Verfügungen des Eigentümers wahr ist, auf tatsächliche Einwirkungen desselben beschränkt sein würde.

b) Die negative Seite des Eigentums betätigt sich in der Befugnis des Eigentümer andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Auch diese Befugnis ist ebenso wie da Verfügungsrecht des Eigentümers keine Besonderheit des Eigentums, vielmehr auch mit andere auf den Gebrauch der Sache gerichteten, dinglichen Rechten verbunden; nur der Umfang d Befugnis ist je nach dem positiven Inhalte des Rechtes verschieden (P. II Bd. 3 S. 119). F das Eigentum aber wird die Ausschließlichkeit der Herrschaft des Berechtigten so weit erstre daß sie für alle Beziehungen der Sache sich zu bewähren vermag (s. oben S. 8 Ziff. 3). Ih

§. 904. Der Eigenthümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines Anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr nothwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigenthümer entstehenden Schaden unverhältnißmäßig groß ist. Der Eigenthümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.

Betonung in dem § 903 ist um so mehr gerechtfertigt, als die in den §§ 985—1007 geordneten Ansprüche aus dem Eigentum in der Ausschließlichkeit desselben ihre Grundlage haben.

3. **Die Beschränkungen,** durch welche der Eigentümer an der Ausübung seiner Befugnisse gehindert werden kann, sind bereits in den Vorbm. zu diesem Titel gekennzeichnet worden. Hinzuzufügen ist folgendes:

a) **Eine Vermutung für die Uneingeschränktheit** des Eigentums, wie sie das preuß. ALR. I 8 § 23 aufstellte, wird in dem BGB. nicht ausgesprochen. Doch ist der § 903 so gefaßt, daß die von ihm dem Eigentümer beigelegten Befugnisse die Regel, die Beschränkungen die Ausnahme bilden, die Ausnahme aber von demjenigen zu beweisen ist, welcher sie geltend macht (vgl. Bd. I S. 48 Ziff. 4).

b) Für die **gesetzlichen Beschränkungen** kommt in Betracht, daß nach dem EG. Art. 2 unter Gesetz jede Rechtsnorm zu verstehen ist. Gleichgültig ist, ob eine Rechtsnorm unmittelbar der Ausübung einer Befugnis des Eigentümers entgegentritt oder ob es zu ihrer Ausführung erst noch einer polizeilichen Maßregel bedarf. Die Maßregel kann in einer allgemeinen Verordnung sowohl wie in einer Anordnung für den einzelnen Fall bestehen; vorausgesetzt wird nur, daß sie auf Grund eines Gesetzes erfolgt und durch dasselbe gerechtfertigt ist.

c) Unter den **Rechten Dritter,** welche die Ausübung des Eigentums in der einen oder anderen Beziehung hindern können, stehen obenan die sonstigen Rechte an der Sache. Ein obligatorisches Recht vermag den Eigentümer nur persönlich zu verpflichten, mit der Sache so zu verfahren, wie es dem Inhalte des Rechtes entspricht. Nur wenn der Berechtigte, z. B. der Mieter oder der Pächter, sich im Besitze der Sache befindet, versagt ihm gegenüber nach den Vorschriften über den Besitzschutz die Berufung des Eigentümers auf die Regel des § 903, um eine den Besitz beeinträchtigende Einwirkung auf die Sache zu rechtfertigen (§§ 986, 1000).

§ 904.

E. II rev. § 889; III § 888 P. II Bd. 6 S. 212 ff.

Vgl. die Literaturangaben zu § 227 und zu § 228 Bd. I S. 377, 379, insbesondere Oetker, Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des BGB., in den von Bernhöft und Binder herausgegebenen Beiträgen zur Auslegung des BGB., 4. u. 5. Heft 1903 S. 284 ff. S. auch Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht 1901 S. 53 ff.

1. **Entstehungsgeschichte und Zweck der Vorschrift.** Der § 904 beschränkt für gewisse Notstandsfälle, in Ergänzung des § 228, das Eigentum in der Weise, daß er dem Eigentümer die Befugnis, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, unter Gewährung eines Anspruchs auf Schadensersatz abspricht. E. II hatte in seinem § 192 (mit welchem der § 228 des BGB. übereinstimmt) die Einwirkung, wenn sie zur Abwendung einer durch die Sache drohenden Gefahr erforderlich war, für nicht widerrechtlich erklärt, in dem § 746 Abs. 2 aber dem Gedanken Ausdruck gegeben, daß eine an sich unerlaubte Handlung den Charakter der Unerlaubtheit nicht dadurch verlöre, daß sie im Notstande begangen wäre. Bei der Revision des Entwurfes hielt man den hieraus sich ergebenden Rechtszustand für unannehmbar. Nach dem Entwurfe, so wurde von einer Seite ausgeführt, sei es unrechtmäßig, wenn ein Ertrinkender sich an einen fremden Kahn klammere, um sich zu retten; der nicht gefährdete Eigentümer des Fahrzeugs sei nach § 818 (BGB. § 903) berechtigt, ihn in das Wasser zurückzustoßen. Der Entwurf verbiete es, bei einer Feuersbrunst einen Zaun niederzureißen, um zu einer Spritze zu gelangen, oder in ein Gebäude einzudringen, um von hier, als dem allein möglichen Punkte aus, die Löschungsarbeit zu leiten. In allen solchen Fällen solle nach dem Entwurfe die Abwehr als rechtmäßige Notwehr angesehen werden. Dies sei unerträglich und überdies nicht vereinbar mit dem Rechte des Notwegs und dem Rechte zum Betreten eines fremden Grundstücks behufs Abholung einer auf dasselbe geratenen Sache, vor allem aber mit dem Rechte der Enteignung. Dem Grundgedanken dieser Rechtserscheinungen entspreche es, die Notstandshandlung für rechtmäßig zu

erklären, soweit sie als Wahrung eines höheren Interesses einem niederen gegenüber sich darstelle; jedes Recht trage die Beschränkung in sich, daß es hinter dem höher zu wertenden Interesse zurückstehen müsse.

Die Kommission glaubte zwar, das Schlußergebnis dieser Ausführungen sich nicht aneignen zu sollen, gab aber doch zu, daß die Behandlung des Notstandes in dem Entwurfe mit dem, was das allgemeine Rechtsgefühl fordere, nicht ganz im Einklange stehe und folglich insoweit zu ändern sei. Die Änderung erschien um so mehr geboten, als man über die große praktische Bedeutung der Frage einverstanden war, und zwar nicht bloß für das bürgerliche Recht, sondern auch für das Strafrecht, da dieses vielfach darauf angewiesen ist, seine Begriffe, insonderheit den Begriff der Widerrechtlichkeit, aus dem Privatrechte zu entlehnen. Das Ergebnis der Beratung war die Streichung der Vorschrift des § 746 Abs. 2 (E. II) und die Einstellung der Bestimmungen, welche den § 904 des BGB. bilden.

Das Verhältnis des § 904 zu dem § 228 wurde bereits in der Erl. 5 zu § 228 (Bd. I S. 381) gekennzeichnet. Über den Einfluß dieser Paragraphen auf das Strafrecht vgl. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. (1898) S. 88 ff.; Auer, Der strafrechtliche Notstand und das BGB. (1903) S. 28 ff.; Bauer, Der strafrechtliche Notstand mit besonderer Berücksichtigung des Notstandes des BGB. und seines Einflusses auf das Strafrecht (1902).

2. Mit den **Voraussetzungen**, an welche die Rechtsnorm des § 904 Satz 1 geknüpft ist, hat es folgende Bewandtnis:

a) Die **Gefahr**, welche abgewendet werden soll, braucht nicht, wie im Falle des § 228, von der Sache zu drohen, auf die eingewirkt wird; es kommt nicht darauf an, woher sie rührt, ob sie überhaupt durch eine Sache hervorgerufen oder von einem Menschen verursacht worden ist. Ebenso gleichgültig ist es, gegen wen die Gefahr sich richtet, ob gegen denjenigen, welcher die Einwirkung vornimmt, oder gegen einen anderen, ob gegen die Person oder das Vermögen des Gefährdeten. Nicht minder belanglos ist endlich die Frage, ob der Handelnde oder sonst jemand die Gefahr verschuldet hat (§ 228 Satz 2, § 904 Satz 2; a. M. v. Liszt S. 89 f., 93 f. mit Rücksicht auf das StGB. § 54).

Dagegen muß die Gefahr wie im Falle des StGB. § 54 eine gegenwärtige sein (vgl. Erl. 1 b zu § 227 und Erl. 1 a zu § 228, Bd. I S. 378 f.). Ist sie bereits vorüber bezw. der drohende Schaden bereits eingetreten, so kann von ihrer Abwendung nicht mehr die Rede sein. Auch findet der § 904 keine Anwendung, wenn die Gefahr noch in der Zukunft liegt; die Grenze zwischen zukünftiger und gegenwärtiger Gefahr läßt sich jedoch nicht a priori, sondern nur für den gegebenen Fall unter Berücksichtigung der Umstände ermitteln.

b) Die **Einwirkung** kann nicht bloß wie nach § 228 in der Beschädigung oder Zerstörung, sondern auch in der Benutzung der Sache bestehen. Man darf z. B. einen fremden Nachen vom Ufer lösen, um mit demselben einen Menschen zu retten, der sich in der Gefahr des Ertrinkens befindet.

Die Einwirkung muß aber zur Abwendung der Gefahr notwendig sein, d. h. es darf dem Handelnden ein anderes, einen Eingriff in einen fremden Rechtskreis nicht enthaltendes, gleich taugliches Mittel nicht zu Gebote stehen. Wenn z. B. jemand, der durch ein Fenster eines verschlossenen Hauses bemerkt hat, daß ein anderer sich erhängt, zu dessen Rettung eine Scheibe zertrümmert, durch die Öffnung einsteigt und den Strick durchschneidet, so handelt er nicht widerrechtlich. Ebensowenig wird in den in Erl. 1 angeführten Fällen der Eingriff in das fremde Eigentum als Widerrechtlichkeit angesehen werden können. Aber es sind auch Fälle konstruiert worden, in welchen von einer Anwendung des § 904 eine bedenkliche Erschütterung der Rechtsordnung befürchtet wird, die Anwendung aber nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht abzuweisen ist. Z. B. der Fall, wenn ein Landbewohner, dessen Kind plötzlich schwer erkrankt ist, aus dem Stalle eines Nachbars ein Pferd nimmt und nach der nächsten Stadt reitet, um einen Arzt herbeizuholen; ferner der Fall, wenn bei einer Hungersnot die notleidende Menge einen Bäcker- oder Fleischerladen plündert. In Fällen dieser Art wird die Voraussetzung nur selten vorliegen, daß das angewandte Mittel, also die Benutzung des fremden Pferdes bezw. die Plünderung des Bäckerladens wirklich zur Abwendung der drohenden Gefahr, hier also der Gefahr des Todes des Kindes bezw. des Hungertodes der Plündernden notwendig gewesen sei. Ist diese Voraussetzung aber wirklich gegeben, so erscheint die Anwendung des § 904 auch in Fällen der gedachten Art gerechtfertigt. Die Gefahr einer mißbräuchlichen Berufung auf die fragliche Vorschrift genügt nicht, um deren Berechtigung zu verneinen. Der Schutz des Rechtsfriedens liegt in der Erwartung, daß die Gerichte ihre Aufgabe, das Gesetz verständig zu handhaben, auch hier erfüllen werden.

Darauf, ob die Gefahr durch die Einwirkung tatsächlich abgewendet wird, kommt es nicht an. Aus dem Erfordernisse der Notwendigkeit der Einwirkung folgt nur, daß diese geeignet sein muß, der Gefahr zu begegnen. Wenn also die Rettung eines mit den Wellen Kämpfenden durch einen fremden Nachen nicht gelingt, so wird die Benutzung des Kahnes hierdurch nicht widerrechtlich.

e) **Der drohende Schaden muß unverhältnismäßig groß sein** gegenüber dem Schaden, der aus der Einwirkung dem Eigentümer entsteht (vgl. Erl. 5 zu § 228, Bd. I S. 381). Dies wird immer zutreffen, wenn das Leben eines Menschen gefährdet oder eine erhebliche Beeinträchtigung der Gesundheit desselben zu befürchten ist. Kleine, unbedeutende Verletzungen sind zu ertragen, wenn sie nur durch Zerstörung einer sehr wertvollen Sache eines anderen abgewendet werden können (a. M. Oetker a. a. O. S. 291). Auch der Schaden, den die Entziehung der Freiheit verursachen kann, ist nicht notwendig höher zu schätzen als der Schaden des Eigentümers (Erl. 1c a. a. O. Bd. I S. 380); man darf, wenn man infolge eines Versehens oder eines Scherzes in einem Zimmer eingeschlossen ist, nicht gleich die Tür zertrümmern oder einen erheblichen Schaden anderer Art anrichten, um ins Freie zu gelangen. Droht endlich der Ehre ein Schaden, so wird gleichfalls die richtige Entscheidung aus der Sachlage sich ergeben. Nimmt z. B. jemand, der sein Ehrenwort dafür verpfändet hat, daß er eine Geldschuld an einem bestimmten Tage bezahlen werde, das ihm fehlende Geld einem dritten weg, so wird man seine Berufung auf den § 904 durch die Erwägung zurückweisen dürfen, daß die Ehre eines Menschen, der zu ihrer Rettung sich an fremdem Eigentume vergreift, nicht höher zu bewerten ist als der Schaden, den der Eigentümer erleidet.

Handelt es sich um einen Vermögensschaden, so ist derselbe ebenso wie der aus der Einwirkung auf die fremde Sache entstehende Schaden in Geld zu schätzen und durch Vergleichung der sich ergebenden Beträge unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage zu ermitteln, ob der Schaden, welcher von der Gefahr drohte, gegenüber dem Schaden des Eigentümers unverhältnismäßig groß ist bezw. gewesen sein würde, wenn die Gefahr nicht durch Einwirkung auf die Sache abgewendet worden wäre. Im übrigen kann hier auf die Erl. 1c zu § 228 (Bd. I S. 380) verwiesen werden.

f) **Nachweis der Voraussetzungen.** Der § 904 ist nur auf Fälle berechnet, in welchen ein rasches Eingreifen erforderlich ist. Seine Anwendung kann daher nicht davon abhängen, daß die Voraussetzungen, die er aufstellt, vor oder bei der Einwirkung auf die fremde Sache dem Eigentümer derselben bekannt oder nachgewiesen waren. Wird auch später der Beweis einer Voraussetzung nicht geführt, so ist die Einwirkung nicht nach § 904, sondern nach § 903 zu beurteilen; die Schadensersatzpflicht des Täters bestimmt sich nach § 823 Abs. 1.

3. **Wirkungen.** Die Rechtsnorm des § 904 gestattet eine Art privatrechtlicher Enteignung (Erl. 5 zu § 228, Bd. I S. 381 f.; a. M. Oetker a. a. O. S. 299 ff.).

a) **Der Eigentümer ist nicht berechtigt, die Einwirkung auf die Sache zu verbieten;** d. h. er muß die Einwirkung dulden, sein Eigentum opfern, soweit es die Abwendung der Gefahr erheischt. Hieraus folgt zweierlei:

α) Die Einwirkung ist keine widerrechtliche Handlung. Der Handelnde macht sich nicht (wegen Sachbeschädigung, Diebstahls ꝛc.) strafbar, auch nicht nach § 823 Abs. 1 schadensersatzpflichtig. Er übt nur ein Recht aus, welches für ihn den Anspruch erzeugt, daß sich der Eigentümer den Eingriff in das Eigentum gefallen lasse.

β) Der Eigentümer befindet sich dem Handelnden gegenüber nicht in der Notwehrlage (§ 227). Er darf weder Gewalt anwenden (§ 859) noch in anderer Weise sich der Einwirkung auf die Sache widersetzen. Tut er es dennoch, so ist er unter Umständen zum Schadensersatze verpflichtet. Aber diese Verpflichtung tritt nach § 823 Abs. 2 nur ein, wenn dem Eigentümer Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, d. h. wenn er das Recht des anderen zu der Einwirkung kannte oder kennen mußte (vgl. Oetker a. a. O. S. 294 ff.). Der Berechtigte braucht sich aber durch das Verbot des Eigentümers von der Einwirkung nicht abhalten zu lassen. Widersetzt sich der Eigentümer der Einwirkung mit Gewalt, so liegt darin ein rechtswidriger Angriff gegen den Berechtigten; dieser ist solchem Angriffe gegenüber in der Notwehrlage und daher berechtigt, sich dagegen zu verteidigen (§ 227).

b) Derjenige, auf dessen Sache in einem Falle des § 904 Satz 1 eingewirkt wird, kann nach Satz 2 **Ersatz des ihm entstehenden Schadens** verlangen.

α) Darauf, ob die Entstehung des Schadens auf ein Verschulden zurückzuführen ist, kommt es nicht an. Diese Abweichung von dem § 228 Satz 2 rechtfertigt sich durch die Ver-

§. 905. Das Recht des Eigenthümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche. Der Eigenthümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat.

---

schiedenheit der Voraussetzungen, an welche die Vorschriften geknüpft werden. Der § 904 setzt voraus, daß die Sache, auf welche zum Zwecke der Abwendung einer Gefahr eingewirkt wird, die Gefahr nicht verursacht hat, der Eigentümer mithin bei derselben ganz unbeteiligt ist und deshalb billigerweise nicht genötigt werden darf, ohne Entschädigung das Eigentum in fremdem Interesse ganz oder teilweise zu opfern. Der § 228 dagegen ist auf Fälle berechnet, in welchen die Sache selbst die Ursache der Gefahr bildet, ihre Beschädigung oder Zerstörung mithin, sofern sie nach Satz 1 nicht widerrechtlich ist, von dem Eigentümer hingenommen werden muß, es sei denn, daß der Täter die Gefahr verschuldet hatte (Erl. 4 zu § 228, Bd. I S. 381; vgl. auch §§ 227, 833 ff.).

β) Der § 904 weicht auch darin von dem § 228 ab, daß er den Ersatzpflichtigen nicht ausdrücklich bezeichnet. Die Abweichung ist indessen kaum sachlicher Natur. Es bedarf keiner Ausführung, daß, wenn jemand auf eine fremde Sache einwirkt, um eine ihm drohende Gefahr abzuwenden, er dem Eigentümer den durch die Einwirkung entstehenden Schaden ersetzen muß. Dagegen ist es streitig, ob der Gefährdete auch dann der Ersatzpflichtige ist wenn ein anderer die Einwirkung vorgenommen hat. Während die herrschende Meinung nur den Handelnden für ersatzpflichtig erklärt, vertreten einige, insbesondere Biermann S. 101 Erl. 3, die Auffassung, daß derjenige hafte, zu dessen Gunsten der Schaden angerichtet werde; Biermann stützt sich hierbei auf die Analogie der Enteignung, da bei dieser es anerkannten Rechtens sei, daß derjenige, welcher von der Enteignung den Vorteil habe, die Entschädigung leisten müsse. Die Frage kann, als dem Privatrecht angehörend, nur nach dem BGB. entschieden werden (EG. Art. 1, 55). Die Analogie der im öffentlichen Interesse erfolgenden Enteignung bleibt außer Betracht, da dieses Gebiet im allgemeinen nicht reichsgesetzlich geregelt, sondern der Landesgesetzgebung vorbehalten ist (Art. 109). Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob bezw. inwieweit der von Biermann für die Enteignung aufgestellte Grundsatz Anerkennung in den Landesgesetzen gefunden hat. Nach privatrechtlichen Grundsätzen aber hat, wenn das Gesetz eine Verpflichtung zum Schadensersatze bestimmt, ohne die Person des Verpflichteten zu bezeichnen, derjenige den Schaden zu ersetzen, welcher ihn verursacht hat (vgl. §§ 280, 823 ff.). Im Einklange hiermit hatte auch der Antrag, aus dessen Beratung der § 904 hervorgegangen ist, die Bestimmung vorgeschlagen: „Der Einwirkende ist dem Eigentümer zum Schadensersatze verpflichtet." Die Kommission nahm den Antrag an, ohne in eine Erörterung über die Person des Verpflichteten einzutreten (P. II Bd. 6 S. 213, 219). Bei der Redaktion wurde dann die Bestimmung so gefaßt, daß der Verpflichtete nicht bezeichnet wird und diese Fassung ist durch die Schlußabstimmung über den gesamten Entwurf unbeanstandet genehmigt worden (ebd. S. 399). Hieraus wird man folgern dürfen, daß etwas Besonderes nicht gelten, für die Schadensersatzpflicht vielmehr, von dem Erfordernisse des Verschuldens abgesehen, die Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse maßgebend sein sollen. Nach diesen Vorschriften kann unter Umständen allerdings auch ein Dritter, sei es statt des Täters oder neben demselben, zum Ersatze des Schadens herangezogen werden. Allein ein solcher Umstand liegt nach dem BGB. nicht in der Tatsache, daß die Schadenszufügung zur Abwendung einer Gefahr, die dem Dritten drohte, notwendig gewesen und ihm auch wirklich zugute gekommen ist (s. auch Oetker a. a. O. S. 303 ff.).

4. **Die Beschränkung des Eigentums**, welche der § 904 enthält, ergreift die Sache selbst, sie wirkt daher auch gegen den Besitzer, dem das Eigentum nicht zusteht, und gegen jeden, der ein anderes Recht an der Sache erworben hat (P. II Bd. 6 S. 216).

§ 905.

E. I § 849; II § 819 rev. § 890; III § 889. M. I S. 3729 ff.; M. III S. 263 f. P. II Bd. 3 S. 120 ff.

Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht 1901 S. 1 ff.

1. **Zweck der Vorschrift.** Obschon der Begriff des Eigentums an Grundstücken und an beweglichen Sachen ein einheitlicher ist, hat doch das Grundeigentum infolge der Natur seines Gegenstandes die Besonderheit, daß es eine zweckentsprechende Ausnutzung des Bodens

nur gewähren kann, wenn es nicht bloß auf den Erdkörper unter der Oberfläche, sondern auch auf den Raum über derselben erstreckt wird. Die Erstreckung wird von der heutigen Pandektenlehre als zweifelloser Rechtssatz vorgetragen (Windscheid § 139 Anm. 3, Dernburg Pand. I § 198), von dem code civil Art. 552, dem sächs. BGB. § 218 und dem bayer. Entw. III Art. 89 ausdrücklich bestimmt, in ihren Konsequenzen auch von dem preuß. ALR. I 8 §§ 26, 65, 123, 132, 141 anerkannt. Ihr juristischer Charakter ist verschieden, je nachdem die Richtung der Herrschaft des Eigentümers nach unten oder nach oben ins Auge gefaßt wird. Der Erdkörper unter der Oberfläche, diese als mathematische Fläche gedacht, bildet den natürlichen Bestand des Grundstücks (s. oben S. 71 Vorbm. I 1) und folglich den Gegenstand des Eigentums an dem Grundstücke; der Vorstellung einer Erstreckung des Eigentums in die Tiefe bedarf man nur, wenn die Grundstücke als begrenzte Teile der Erdoberfläche bezeichnet werden, hierbei aber als Oberfläche nicht bloß das mathematische Bild, welches das Auge von dem Erdkörper empfängt, sondern zugleich die dem Luftraume zunächst liegende Masse dieses Körpers angesehen wird (Begr. des Sachenrechts 1880 S. 518). Dagegen stellt sich die Erstreckung auf den Luftraum als eine wirkliche Erweiterung des Eigentums dar, weil dieser Raum nicht Bestandteil des Grundstücks ist. Aber die Erweiterung ist unerläßlich, da ohne sie eine vollständige Herrschaft über die Sache nicht ausgeübt werden kann.

Mag hiernach der erste Satz des § 905 immerhin selbstverständlich sein, praktisch bedeutungslos ist er keinesfalls. Denn einerseits stellt er den Begriff der Begrenzung dahin klar, daß diese nicht nur auf die Oberfläche sich bezieht, sondern auch auf den Raum über und unter derselben sich erstreckt, andererseits liefert er die geeignete Grundlage für die allgemeine Schranke, welche dem Machtbereiche des Eigentümers durch den zweiten Satz gezogen wird, und für die besonderen Beschränkungen, die in den folgenden Paragraphen aus dem Nachbarverhältnisse hergeleitet werden.

2. **Die Regel, welche der erste Satz aufstellt,** hat für das Grundeigentum die nämliche Bedeutung wie die Vorschrift des § 903 für das Eigentum überhaupt; der Eigentümer kann nach seinem Belieben mit dem Erdkörper unter der Oberfläche und mit dem Raume über derselben verfahren und andere von jeder Einwirkung in sein Herrschaftsgebiet ausschließen. Er kann namentlich so hoch bauen und die Fundamente so tief legen, wie er will, ebenso Keller und unterirdische Gänge herstellen, Bodenbestandteile und Wasser aus der Erde entnehmen; nur muß er sich hierbei vor einer Grenzüberschreitung hüten.

Daß die Befugnisse, welche der § 905 gewährt, den durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründeten Beschränkungen unterliegen, ist nach § 903 nicht zweifelhaft. Die gesetzlichen Beschränkungen werden nur zum geringsten reichsgesetzlich bestimmt, z. B. durch das Rayongesetz v. 21. Dez. 1871; ihren eigentlichen Sitz haben sie in denjenigen Rechtsmaterien, deren Regelung durch das EG. der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, namentlich im Wasserrecht (Art. 65), im Bergrecht (Art. 67), im Enteignungsrecht (Art. 109), im Baurecht ꝛc. (Art. 111).

3. **Eine grundsätzliche und allgemeine Einschränkung des ersten Satzes enthält der zweite Satz des § 905.** Die Einschränkung besteht in der Begrenzung des Verbietungsrechts gegen Einwirkungen, an deren Ausschließung der Eigentümer wegen ihrer Entfernung von der Oberfläche kein Interesse hat. Fehlt im einzelnen Falle das Interesse, so erscheint die Annahme begründet, daß der Eigentümer, wenn er gleichwohl die Einwirkung verbietet, dies nur tut, um demjenigen, von welchem dieselbe ausgeht, Schaden zuzufügen oder sich einen Vorteil zu verschaffen, für den er nichts leistet. Es bedarf keiner Ausführung, daß hierin, auch wenn Chikane (§ 226) ausgeschlossen ist, ein Mißbrauch des Eigentums liegt, den das Gesetz nicht dulden darf. Die erste Kommission glaubte indessen ein praktisches Bedürfnis für die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift verneinen zu sollen. Die zweite Kommission dagegen erachtete die Aufnahme für dringend geboten, weil sie sich sagte, daß die Entwickelung des modernen Verkehrs und der Technik eine immer weitergehende Benutzung des Raumes über und unter der Oberfläche fremder Grundstücke notwendig mache und die Rechtsprechung eines sicheren Anhalts bedürfe, um nicht unangemessene Folgerungen aus der Erstreckung des Eigentums in die Höhe und die Tiefe zu ziehen.

4. Das Verhältnis der Ausnahme (Erl. 3) zur Regel (Erl. 2) wird in der Hauptsache durch die Frage nach dem **Interesse des Eigentümers** bestimmt.

a) Der Eigentümer hat keine **Beweislast** für sein Interesse. Seine Berufung auf das Eigentum genügt, wenn er einer Einwirkung in dessen Raumgebiet widerspricht. Sache des anderen Teiles ist es dann, durch Darlegung des Sachverhalts zu behaupten und zu beweisen,

daß dem Eigentümer das Interesse an der Ausschließung der Einwirkung fehle (Bd. I S. 48 Vorbm. V 1; Rspr. 5 S. 383). Nicht selten wird allerdings schon nach Feststellung der weiten Entfernung einer Einwirkung von der Oberfläche ein besonderer Beweis nicht mehr geführt zu werden brauchen. Den Flug eines Luftballons z. B. kann der Eigentümer eines Grundstücks, über dessen Oberfläche derselbe in schwindelnder Höhe hinweggeht, an sich nicht verbieten. Wenn jedoch Ballast aus dem Ballon geworfen und hierdurch das Grundstück beschädigt oder dessen Bewohner belästigt werden, so darf man ein Interesse des Eigentümers an der Ausschließung dieser Einwirkung kaum verneinen (vgl. § 1004 Abs. 1 Satz 2). Tatsächlich weniger klar erscheint das Verhältnis, wenn ein Fremder mit einer Anlage in den Erdkörper unter der Oberfläche eindringt. Ein Tunnel durch einen hochragenden Berg wird freilich das Interesse des Eigentümers eines Grundstücks, dessen Oberfläche auf der Höhe des Berges senkrecht über dem Tunnel liegt, in der Regel unberührt lassen. Je niedriger aber die beteiligten Grundstücke über der Anlage belegen sind, desto mehr erscheinen sie gefährdet, namentlich dann, wenn der Berg aus lockerem Erdreiche besteht. Daß in solchen Fällen der Mangel eines Interesses des Eigentümers nur schwer sich beweisen läßt, muß ohne weiteres einleuchten. Indessen wird gegenüber den praktisch wichtigsten Anlagen, die hier in Frage kommen, den Eisenbahntunnels, das Verbietungsrecht der beteiligten Eigentümer meist durch die Verleihung des Enteignungsrechts an den Unternehmer überwunden werden.

b) Das Interesse des Eigentümers muß **an der Ausschließung der Einwirkung** auf das Raumgebiet des Eigentums bestehen. In einem von Dernburg, Pand. I § 198 Note 4 angeführten Falle fragt es sich, ob die Eigentümer von Ackergrundstücken befugt wären, das Betreten des tief unter deren Oberfläche befindlichen Teiles einer Tropfsteinhöhle, die ihren Zugang von einem weit entfernten fremden Grundstücke hatte, zu verbieten bezw. nur gegen Vergütung zu gestatten. Die Frage würde auch nach dem BGB. verneint werden müssen, weil jener Höhlenteil infolge seiner Lage tatsächlich einer Beherrschung durch die Eigentümer entzogen, sein Betreten mithin für dieselben ohne Interesse und folglich auch nicht geeignet ist, zur Begründung einer Forderung zu dienen (vgl. Erl. 3).

c) **Das Interesse des Eigentümers braucht nicht gerade ein Vermögensinteresse zu sein**, jedes nur irgendwie des Schutzes würdige Interesse, auch ein Affektionsinteresse, sofern es nur in wahrnehmbarer Weise zu Tage tritt, genügt (Rspr. 5 S. 383). Die zweite Kommission nahm an, daß auch das Interesse des Eigentümers eines Gartens daran, daß ihm nicht der Anblick des freien Himmels in erheblichem Maße durch Überleitung von Telegraphendrähten und dergl. beeinträchtigt werde, Beachtung finden müsse (P. II Bd. 3 S. 122 f.). Inwieweit jedoch das Eigentum im öffentlichen Interesse zu Gunsten derartiger Einrichtungen, z. B. der öffentlichen Telephon- oder Telegraphen-Anlagen, beschränkt werden kann, bestimmt sich nach dem öffentlichen Rechte (vgl. RG. 42 S. 205; Telegraphenwegeges. v. 18. Dez. 1899; Meisner a. a. O. S. 58 ff.).

Ob der Eigentümer ein Interesse an der Ausschließung der Einwirkung hat, ist nicht lediglich nach dem augenblicklichen Zustande des Grundstücks zu beurteilen; die Möglichkeit künftiger Änderungen der Benutzungsart ist nicht außer Betracht zu lassen (Rspr. a. a. O.). Der Eigentümer kann ferner nicht nur solche Einwirkungen verbieten, welche der Ausnützung seines Eigentums bereits hinderlich sind, sondern auch solche, welche ihr künftig hinderlich sein können (RG. 42 S. 210; vgl. Meisner a. a. O. S. 3).

5. Befindet sich ein Grundstück nicht im Besitze des Eigentümers, so kann es sich fragen, ob **auch der Besitzer fremde Einwirkungen nach Maßgabe des § 905 zu verbieten berechtigt ist.** Das Recht des Besitzes reicht an sich ebenso weit in die Höhe und in die Tiefe wie das Eigentum, weil der Grundstücksbegriff für beide der nämliche ist. Ein nicht nach § 905 Satz 2 zulässiger Eingriff in das Raumgebiet des Eigentums kann daher den Tatbestand einer Besitzstörung darstellen und folglich den Besitzschutz nach §§ 858 ff. für den Besitzer begründen.

Besteht an einem Grundstück ein Erbbaurecht, eine Grunddienstbarkeit oder ein Nießbrauch, so hat der Berechtigte, wenn sein Recht durch Eingriffe in das Raumgebiet des Eigentümers beeinträchtigt wird, gegen den Störer grundsätzlich dieselben Ansprüche wie der Eigentümer (§ 1017 Abs. 2, §§ 1027, 1065).

§§ 906—924.

Ortloff, Das deutsche Nachbarrecht von 1900 an, Handbuch für Grundbesitzer, 1900 S. 216 ff.; Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht 1901.

§. 906. Der Eigenthümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich

---

1. **Die einzelnen Punkte des Nachbarverhältnisses,** mit welchem sich das Gesetzbuch befaßt, sind folgende: a) die Einwirkung der sog. Imponderabilien im § 906; b) die Herstellung oder Haltung gefährdender Anlagen in § 907; c) die Gefahr des Einsturzes eines Gebäudes oder sonstigen Werkes in § 908; d) die Vertiefung des Bodens in § 909; e) das Eindringen von Wurzeln und das Herrüberragen von Zweigen in § 910; f) das Hinüberfallen von Früchten in § 911; g) das Bauen über die Grenze in §§ 912—916; h) die Duldung eines Notwegs in §§ 917, 918; i) die Grenzverhältnisse, und zwar die Abmarkung in § 919, die Grenzverwirrung in § 920, die Rechte an einer Grenzeinrichtung in §§ 921, 922, der Grenzbaum in § 923; k) die Ausschließung der Verjährung der betreffenden Ansprüche in § 924.

Das Nachbarrecht wird aber hierdurch nicht erschöpft. Die Landesgesetzgebung kann in Ansehung tatsächlicher Verfügungen das Eigentum an Grundstücken nicht bloß im öffentlichen Interesse beschränken, sondern im Interesse der Nachbarn noch anderen als den im BGB. bestimmten Beschränkungen privatrechtlicher Natur unterwerfen (EG. Art. 111, 124; s. RG. 50 S. 319). Außerdem greifen hier überhaupt die Vorbehalte des EG. Art. 57 ff. ein, soweit sie sich auf die Regelung des Eigentums an Grundstücken beziehen.

2. **Der Gedanke, auf welchem die nachbarrechtlichen Beschränkungen beruhen,** ist im allgemeinen der: Jedermann kann auf seinem Grundstück an sich ohne Rücksicht auf die Nachbarn vornehmen, was er will; er muß sich nur in den Grenzen halten, die sein Grundstück umschließen (§§ 903, 905). Bei der Durchführung dieser Konsequenz würden indessen viele Grundstücke nicht wirtschaftlich benutzt werden und folglich ihren Zweck, der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse zu dienen, nur unvollständig erfüllen können, weil die Benutzung eines Grundstücks oft nicht ohne Einwirkung auf ein anderes Grundstück denkbar ist. Das Gesetz regelt deshalb das Verhältnis benachbarter Grundstücke zu einander durch Bestimmungen, welche den Eigentümer eines Grundstücks nötigen, einerseits gewisse Einwirkungen, die von einem anderen Grundstück ausgehen, zu dulden (§§ 906, 912, 917) oder auf seinem Grundstück Anlagen und Veränderungen, die ein Nachbargrundstück gefährden, zu vermeiden (§§ 907, 909), andererseits Vorkehrungen zur Abwendung der Gefahr zu treffen (§ 908), unter Umständen auch Entschädigung zu leisten (§§ 913, 915, § 917 Abs. 2) und bei der Errichtung oder Wiederherstellung fester Grenzzeichen mitzuwirken (§ 919).

3. **Rechtliche Natur der nachbarrechtlichen Beschränkungen.** In der gemeinrechtlichen Doktrin wurde darüber gestritten, ob die Eigentumsbeschränkungen, von welchen hier gehandelt wird, als Beschränkungen eines an sich volleren Rechtes oder als immanente Grenzen des Eigentums anzusehen sind (Dernburg, Pand. I § 198 Note 6). Für das BGB. ist die Streitfrage ohne praktische Bedeutung. Die zweite Kommission, aus deren Beratungen dieser Titel hervorgegangen ist, ging von einem einheitlichen Begriffe des Eigentums aus, schränkte aber die aus demselben sich ergebenden Befugnisse des Eigentümers für das Grundeigentum zu Gunsten benachbarter Grundstücke ein und behandelte die Einschränkungen als Eigentumsbeschränkungen (P. II Bd. 3 S. 119 ff.). Diese Auffassung hat in dem EG. Art. 124 die gesetzliche Anerkennung gefunden. Welche rechtliche Natur die Eigentumsbeschränkungen haben, ist im allgemeinen bereits in den Vorbemerkungen 2 und 4, oben S. 162 f. angedeutet worden. Die Besonderheiten einzelner Beschränkungen werden bei der Erläuterung der sie betreffenden Paragraphen zur Sprache kommen.

4. Daß die nachbarrechtlichen Eigentumsbeschränkungen **nicht eintragungsfähig** sind, ist S. 79 Vorbm. VI 3 a a. E. bereits erwähnt.

§ 906.

E. I § 850; II § 820 rev. § 891; III § 890. M. I S. 3823 ff.; M. III S. 264 ff. P. II Bd. 3 S. 123 ff.; Bd. 6 S. 225 f. D. S. 661. RB. S. 1998.

1. **Zweck der Vorschrift.** Die Folgerung aus dem Eigentumsbegriffe, daß der Eigentümer jede fremde Einwirkung auf die Sache verbieten kann, ist für das Grundeigentum — auch mit

beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.

---

den Beschränkungen, die sich aus § 904 und § 905 Satz 2 ergeben — insoweit nicht durchführbar, als einerseits Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch, Ruß infolge der gewöhnlichen Lebensfunktionen und des Betriebes der Gewerbe von einem Grundstücke der Luft zugeführt und durch deren Bewegung anderen Grundstücken mitgeteilt werden, andererseits physikalische Wirkungen, von denen die menschliche Tätigkeit begleitet ist, namentlich Wärme, Geräusch und Erschütterungen sich weiter fortpflanzen (M. III S. 264). In älterer Zeit mag die Gesetzgebung keine dringende Veranlassung gehabt haben, die Grenze zu bestimmen, bis zu welcher dergleichen Einwirkungen auf fremde Grundstücke geduldet werden müssen; die Quellen des römischen Rechtes entscheiden nur wenige Einzelfälle (Windscheid § 169 Note 7), und in dem preuß. ALR. und dem code fehlt es an einer hierher gehörenden Vorschrift. Erst als die Industrie und die ihr dienende Technik sich mehr und mehr entwickelte, machte sich das praktische Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung geltend. Befriedigung fand es aber nur in einigen Staaten, z. B. in dem Königreiche Sachsen durch das BGB. v. 2. Januar 1863 § 358. Für Preußen, Bayern und andere Staaten dagegen verblieb der Rechtsprechung die schwierige Aufgabe, ohne besondere gesetzliche Grundlage das Prinzip zu finden, durch dessen Anwendung die Ansprüche des modernen wirtschaftlichen und gewerblichen Lebens der strengen Konsequenz des Eigentums gegenüber zur Geltung kommen konnten (vgl. Koch, ALR. I 8 §§ 26 ff., 8. Aufl. Bd. 1 S. 392 ff.). Diese Schwierigkeit wird durch den § 906 beseitigt.

2. **Inhalt der Eigentumsbeschränkung.** Der § 906 beschränkt das Eigentum an demjenigen Grundstücke, welches von der Einwirkung betroffen wird. Das andere Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht, ist einer solchen Beschränkung nicht unterworfen. Denn daß der Eigentümer das Recht, auf seinem Grundstücke beliebig zu schalten, nur insoweit hat, als er sich in den Grenzen seines Raumgebiets hält und auf ein fremdes Grundstück nicht übergreift, ist nach dem § 903 und nach § 905 Satz 1 nicht zweifelhaft.

Die Beschränkung besteht darin, daß der Eigentümer des betroffenen Grundstücks das Eindringen von Imponderabilien unter gewissen Voraussetzungen dulden muß, sofern er nicht selbst durch Absperrungs- oder sonstige Maßregeln gegen dasselbe sich schützen kann und will; das Gesetz richtet sich unmittelbar nur gegen das Verbietungsrecht, nicht gegen den Selbstschutz, der, soweit er möglich erscheint, dem Eigentümer unbenommen bleibt (M. III S. 268).

Es versteht sich von selbst, daß, wenn das betroffene Grundstück von einem anderen benutzt wird, dieser sich dasselbe gefallen lassen muß wie der Eigentümer.

3. Die Vorschrift des § 906 regelt nur die Immission der sog. **Imponderabilien.** Diese Bezeichnung ist allerdings nicht ganz korrekt; sie ist aber der bisherigen Rechtssprache geläufig und deshalb, beim Mangel eines zutreffenderen Ausdrucks, in dem Sinne beizubehalten, daß sie alle Einwirkungen umfaßt, auf welche der § 906 zu beziehen ist. Die Gegenstände, deren Eindringen das Gesetz einzeln hervorhebt, sind nach der Wortfassung solche, die am häufigsten vorkommen; es hätten ihnen noch andere hinzugefügt werden können, z. B. Staub, Asche, elektrische Ströme, künstlich erzeugte Kälte, blendendes Licht u. a. Dagegen findet der § 906 auf die Immission von festen Körpern und von Flüssigkeiten keine Anwendung; diese braucht der Eigentümer also auf Grund des § 906 nicht zu dulden (s. M. III S. 265, 279; P. II Bd. 3 S. 124; a. M. z. B. Meisner a. a. O. S. 69, Staudinger III S. 128; RG. in Gruch. 45 S. 1016: Hinüberfliegen von Kugeln aus dem Militärschießstande; vgl. auch RG. 12 S. 174: Eindringen von Bienen). Vgl. ferner Gruch. 45 S. 1008 und Seuff. A. 58 Nr. 8 (Haftung einer Stadtgemeinde für die Immission schädlicher Bestandteile durch die von ihr angelegte Kanalisation), RG. 38 S. 379, 50 S. 227, Rspr. 5 S. 386 und Bad. RP. 1901 S. 151 (Bordellbetrieb) sowie über die bisherige Praxis Rudorff, Entsch. des RG. I S. 370 ff., 397 ff., Meisner a. a. O. S. 67 ff.

4. **Die Voraussetzungen** der Vorschrift sind teils allgemeiner, teils besonderer Natur.

a) **Allgemein vorausgesetzt** wird, daß die Imponderabilien einem Grundstücke von einem anderen zugeführt werden (s. RG. 50 S. 225). Darauf, ob die beteiligten Grundstücke aneinander grenzen oder das eine mehr oder weniger weit entfernt von dem anderen belegen ist, kommt es nicht an (s. RG. 50 S. 322). Auch die Art der Zuführung fällt nicht ins Gewicht, sofern sie nicht etwa durch eine besondere Leitung bewirkt wird; die Vermittelung durch eine

solche Leitung ist nach § 906 Satz 2 unzulässig, d. h. sie schließt die Anwendung des Satzes 1 aus und unterliegt den Vorschriften der §§. 903, 905. Die Zuführung muß die Folge einer menschlichen Tätigkeit auf demjenigen Grundstücke sein, von welchem die Einwirkung ausgeht. Legt sich z. B. der auf diesem Grundstück entwickelte Rauch oder Ruß auf ein anderes Grundstück nieder, um dann durch die Luftbewegung gehoben und auf ein drittes Grundstück übertragen zu werden, so ist die Frage, ob der Eigentümer des letzteren die Zuführung nicht verbieten kann, zwischen ihm und dem Eigentümer des ersten Grundstücks zu entscheiden.

b) Die besondere Voraussetzung der Eigentumsbeschränkung wird auf das eine oder das andere der beteiligten Grundstücke zurückgeführt.

Der Eigentümer des betroffenen Grundstücks kann die Einwirkung nicht verbieten, wenn durch dieselbe die Benutzung des Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn es sich um Einwirkungen handelt, die von jedem bewohnten Grundstück infolge der zum Haushalt oder zum Kleingewerbebetrieb erforderlichen Tätigkeit ausgehen. Die Frage, ob eine wesentliche Beeinträchtigung der Benutzung vorliegt oder nicht, ist, wenn es zum Prozesse kommt, von dem Gerichte nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung zu entscheiden (CPO. §§ 286, 287; Rspr. 2 S. 506). Die Beeinträchtigung kann auch darin bestehen, daß das Wohnen auf dem Grundstück an Annehmlichkeit verliert und hierdurch der Wert des Grundstücks herabgemindert wird.

Das Verbietungsrecht des Eigentümers versagt aber, und zwar ohne Rücksicht auf den Umfang der Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstücks (s. Rspr. 3 S. 12, 5 S. 151), auch dann, wenn die Einwirkung auf dasselbe „durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist". Wer also in einer Fabrikstadt oder in einem Kohlenrevier ein Grundstück besitzt, kann sich über Belästigung durch Rauch, Ruß, üble Gerüche 2c. nicht beschweren. Die Belästigung, welche ihm widerfährt, und der mit ihr verbundene Eingriff in sein Eigentum wird überwogen von der Rücksicht, welche das Gesetz auf die Industrie und den Bergbau zu nehmen hat, um den Volkswohlstand zu fördern; sie wird ohnehin der Regel nach durch den günstigen Einfluß ausgeglichen, den die Hebung des Gewerbfleißes auf den Wert der Grundstücke übt. Für die Frage, ob die Benutzung nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlich ist, kommt es nicht nur auf die Art, sondern auch auf das Maß der Benutzung an; aus dem Umstande, daß ein gewisser mit Geräusch verknüpfter Betrieb in der Gegend ein gewöhnlicher ist, folgt noch nicht die Befugnis, den Betrieb rücksichtslos zu steigern und die Störung dadurch erheblich zu vergrößern; vielmehr muß der Betriebsinhaber nachweisen, daß das gesteigerte Maß von Einwirkung ebenfalls ortsüblich ist (Rspr. 2 S. 252; JW. 1900 S. 390, 1902 Beil. S. 202, 1903 Beil. S. 86, 103; vgl. Jahrb. d. Württ. Rechtspflege 14 S. 314). Andererseits sind die Immissionen nicht schon deshalb als über das Gewöhnliche hinausgehend zu erachten, weil sie in einem größeren Umfange als früher erfolgen; der Begriff des Gewöhnlichen wechselt mit der Veränderung der allgemeinen örtlichen Verhältnisse (Gruch. 46 S. 370).

5. Durch unzulässige Immissionen von Imponderabilien wird die **Negatorienklage** begründet. Vgl. über diese § 1004 nebst Erl.; hier ist folgendes hervorzuheben.

a) Klagberechtigt ist nicht nur der Eigentümer des betroffenen Grundstücks, sondern auch derjenige, welchem ein Nutzungsrecht an diesem zusteht (§§ 1004, 1011, 1017, 1027, 1065, 1090).

b) Passivlegitimiert ist der Störer und daher nicht immer der Eigentümer des anderen Grundstücks; wenn die Tätigkeit, auf welche die Einwirkung zurückzuführen ist, von einem Dritten, z. B. dem Mieter, für eigene Rechnung vorgenommen wird, ist die Klage gegen diesen zu richten. Neben ihm kann aber auch der Eigentümer in Anspruch genommen werden, wenn er ebenfalls als Störer anzusehen ist, weil er z. B. die Einwirkung durch seine Anordnung veranlaßt oder in ungehöriger Weise geduldet hat (RG. 45 S. 297, 47 S. 162, Gruch. 46 S. 650; Rspr. 2 S. 315, 3 S. 11, 181).

c) Voraussetzung der Klage ist ein Eingriff in das fremde Eigentum. Der Betrieb eines mit Feuers- und Explosionsgefahr verbundenen Gewerbes auf dem Nachbargrundstücke begründet die Klage nicht, wenn derselbe nicht über die Grenzen des Grundstücks hinauswirkt (RG. 50 S. 225).

d) Für die Beweislast ist entscheidend, daß die Freiheit des Eigentums nach § 903 und § 905 Satz 1 die Regel bildet. Der Kläger hat daher zur Begründung der Klage nur den Beweis der erfolgten Einwirkung bezw. der Besorgnis weiterer Einwirkungen zu führen. Sache des Beklagten ist es dann, die Voraussetzungen zu beweisen, unter denen nach § 906 die Ein-

§. 907. Der Eigenthümer eines Grundstücks kann verlangen, daß auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung thatsächlich hervortritt.

Bäume und Sträucher gehören nicht zu den Anlagen im Sinne dieser Vorschriften.

---

wirkung nicht verboten werden kann. Gelingt dieser Beweis, so läßt sich die Klage nur dadurch halten, daß der Kläger die Zuführung der Imponderabilien durch eine besondere Leitung dartut (P. II Bd. 6 S. 225; D. a. a. O.; JW. 1902 Beil. S. 202).

e) Die Klage geht auf Beseitigung der Einwirkungen, soweit diese unzulässig sind, und auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen. Der Anspruch wird, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, nicht schon durch Vorkehrungen erledigt, die der Beklagte zur Verhütung der Immissionen im Laufe des Prozesses trifft, da der Kläger ein Recht auf dauernden Schutz hat und dieser ihm nur durch ein Urteil gewährt wird, das bei künftigen Wiederholungen der Immissionen ein sofortiges Vorgehen im Zwangsvollstreckungswege ermöglicht (JW. 1902 Beil. S. 202; vgl. Turnau-Förster I S. 304 Erl. 10). Auf Schadensersatz haftet der Beklagte nur, wenn die Voraussetzungen der §§ 823ff. gegeben sind (a. M. Rspr. 7 S. 29).

Eine Ausnahme gilt auf Grund des § 26 der GewO., wonach die Klage „einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden“ kann. Vgl. P. II Bd. 6 S. 226; EG. Art. 32, 124, 125; JW. 1903 Beil. S. 103. In diesem Falle setzt die Verpflichtung zur Schadloshaltung ein Verschulden des Beklagten nicht voraus (RG. 47 S. 98; Rspr. 5 S. 151; vgl. Gruch. 45 S. 1016).

f) Gegenüber der Klage kann der Beklagte nicht einwenden, daß die schädlichen Einwirkungen erst infolge einer Änderung der Benutzungsart des betroffenen Grundstücks oder infolge einer sonstigen auf diesem vorgenommenen Veränderung hervorgetreten seien, der Grundsatz der Prävention gilt bei der Kollision der Rechte benachbarter Eigentümer nicht; hiervon gilt auch für den Fall keine Ausnahme, daß der Kläger die nachteilige Einwirkung auf die veränderte Benutzung seines Grundstücks voraussehen konnte (Gruch. 45 S. 1013, Rspr. 6 S. 111, Jahrb. der Württ. Rechtspfl. 13 S. 167). Wenn dagegen jemand einen Teil seines Grundbesitzes zu einem bestimmten Unternehmen verkauft, so unterwirft er sich dadurch den Nachteilen, die für sein Restgrundstück aus der Anlage und dem Betriebe jenes Unternehmens entstehen, auch wenn die Schädlichkeit des Unternehmens erst später festgestellt wird (Seuff. A. 58 Nr. 142); gegen die Sondernachfolger des betreffenden Eigentümers wirkt die Unterwerfung aber nur, wenn eine darauf gerichtete Grunddienstbarkeit bestellt ist.

g) Hinsichtlich der Verjährung der Klage gilt nichts besonderes. Sie wird durch den § 902 eingeschränkt (vgl. Kretzschmar II S. 29, Biermann S. 104).

§ 907.

E. I § 864; II § 821 rev. § 892; III § 891. M. I S. 3866ff.; M. III S. 293ff. P. II Bd. 3 S. 157ff. D. S. 661. RB. S. 1998f.

1. Das bisherige Recht enthält Bestimmungen, nach welchen auf oder in einem Grundstücke gewisse einem Nachbargrundstücke schädliche Anlagen nur in einer bestimmten Entfernung von der Grenze errichtet oder gehalten werden dürfen und mit Schutzvorrichtungen versehen sein müssen (preuß. ALR. I 8 §§ 125—128, 131, 139, 140; code civ. art. 671, 672, 674; sächs. BGB. § 359). Die Reichsgesetzgebung ist diesem Vorgange nicht gefolgt, weil sie sich sagte, daß

die Entfernung von der Grenze sowohl wie die Schutzvorrichtung nur unter Berücksichtigung der lokalen Bedürfnisse und jedenfalls nicht einheitlich für das Deutsche Reich bestimmt werden könne. Statt dessen stellt sie in dem § 907 Abs. 1 Satz 1 die Regel auf, daß derartige Anlagen ohne Zustimmung des Nachbars unstatthaft sind; sie schafft hiermit eine Beschränkung des Eigentums an dem Grundstücke, welches mit der Anlage versehen werden soll oder versehen ist, weil der Eigentümer an sich nach § 903 bezw. § 905 Satz 1 befugt sein würde, Gebäude und sonstige Werke beliebig nahe an der Grenze zu errichten.

2. Von § 907 werden nur solche Anlagen getroffen, die, sei es selbsttätig oder unter menschlichem Dazutun (s. Rspr. 2 S. 345), mittels Hinüberleitens ihrer Bestandteile oder mittels Zuführens greifbarer oder doch sinnlich wahrnehmbarer Stoffe die Grenze überschreiten oder zu überschreiten drohen, dagegen nicht diejenigen Anlagen, welche sich streng auf der Grundfläche des sie errichtenden halten und nur negativ, z. B. durch Entziehung früher zugeflossenen Lichtes oder einer bisher gegebenen Aussicht oder Bequemlichkeit, das Nachbargrundstück beeinträchtigen (RG. 51 S. 251). Hierher gehören namentlich Gräben, Kanäle, Düngergruben, Viehställe, Aborte, desgleichen ein Leichenhaus (Rspr. 4 S. 61), nach Rspr. 2 S. 345 auch ein Straßenanschluß, dagegen nicht die bloße Erhöhung oder Erniedrigung eines Grundstücks, z. B. die bloße erhöhende Aufschüttung auf eine Straße oder deren Tieferlegung (RG. a. a. O.) und auch nicht Maschinen, die in ein Haus eingestellt, aber nicht mauerfest mit dem Gebäude verbunden sind (s. Gruch. 46 S. 650).

3. Die Besonderheit der Eigentumsbeschränkung liegt darin, daß der Nachbar die Herstellung oder die Haltung einer solchen Anlage verbieten kann, ohne daß Stoffe oder üble Gerüche aus derselben in sein Raumgebiet eingedrungen sind. Die Negatorienklage des Nachbars erfordert also, in Abweichung von dem § 1004 Abs. 1, nicht eine bereits erfolgte, sondern nur eine künftige Beeinträchtigung des Eigentums (RG. 50 S. 225). Andererseits freilich genügt eine mehr oder minder gerechtfertigte Besorgnis nicht (JW. 1902 Beil. S. 203). Vielmehr muß mit Sicherheit vorauszusehen sein, daß der Bestand oder die Benutzung der Anlage eine unzulässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück zur Folge haben werde. Dies trifft nur dann zu, wenn die unzulässige Einwirkung die Folge eines ordnungsmäßigen Zustandes oder einer ordnungsmäßigen Benutzung der Anlage ist; leidet eine Anlage lediglich an einem Mangel, nach dessen Beseitigung die Einwirkungen aufhören und dem Nachbargrundstücke keine weiteren Einwirkungen drohen, kann nur auf Grund des § 1004 Beseitigung dieses mangelhaften Zustandes gefordert werden (Rspr. 4 S. 59). Unzulässig ist jede Einwirkung, die nicht der Ausschließlichkeit des Eigentums gegenüber durch das Gesetz gestattet ist (§§ 903—906).

4. Auf Grund des § 907 Satz 1 kann die Negatorienklage auf Beseitigung der Anlage angestellt werden. Hiervon gilt auch dann keine Ausnahme, wenn die Anlage eine von einer Stadt errichtete öffentliche Bedürfnisanstalt bildet, es sei denn, daß öffentlichrechtliche Grundsätze oder Vorschriften entgegenstehen (JW. 1900 S. 639). Entschädigung kann auf Grund des § 907 nicht gefordert werden (RG. 50 S. 225). Jedoch greift auch hier die Vorschrift der GewO. § 26 und das EG. Art. 125 ein (vgl. S. 174 Erl. 5e zu § 906).

Hinsichtlich der Aktiv- und der Passivlegitimation gilt entsprechendes wie im Falle des § 906 (s. S. 173 Erl. 5a, b).

Der Beweis dafür, daß die Anlage errichtet ist oder wird und daß von ihr die Einwirkung auf das Nachbargrundstück ausgehen werde, liegt dem Kläger ob, während es dem Beklagten überlassen bleibt, die Zulässigkeit der Einwirkung zu beweisen.

Der Anspruch aus § 907 Abs. 1 unterliegt nach § 924 nicht der Verjährung.

5. Die Regel erleidet zwei Ausnahmen:

a) Die eine besteht darin, daß für die Anlage landesgesetzlich ein bestimmter Abstand von der Grenze oder eine sonstige Schutzmaßregel erfordert wird und diesem Erfordernisse genügt ist. In einem solchen Falle kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt (Abs. 1 Satz 2). Vgl. EG. Art, 124, 125.

b) Nach der zweiten Ausnahme gehören Bäume und Sträucher nicht zu den Anlagen im Sinne des Abs. 1 (Abs. 2); für sie sind die Vorschriften der §§ 910, 911, 923 maßgebend (vgl. P. II Bd. 3 S. 158, KB. a. a. O.). Über die Haftung des Eigentümers eines Baumes für den Schaden, der ohne sein positives Zutun infolge der natürlichen Beschaffenheit des Baumes entsteht, vgl. RG. 52 S. 373.

§. 908. Droht einem Grundstücke die Gefahr, daß es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, das mit einem Nachbargrundstücke verbunden ist, oder durch die Ablösung von Theilen des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigenthümer von demjenigen, welcher nach dem §. 836 Abs. 1 oder den §§. 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde, verlangen, daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Vorkehrung trifft.

---

§ 908.

E. II § 822 rev. § 893; III § 892. P. II Bd. 3 S. 161 f. D. S. 661.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der § 907 Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn ein Grundstück von der Gefahr bedroht ist, daß es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, das mit einem Nachbargrundstücke verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen des Werkes beschädigt wird. Der Eigentümer kann indessen, wenn die Beschädigung erfolgt, nach näherer Bestimmung des § 836 Abs. 1 und der §§ 837, 838 von dem Besitzer bezw. dem Unterhaltungspflichtigen Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen. Es wäre aber weder billig noch zweckmäßig, den Bedrohten auf diesen Anspruch zu verweisen, statt den anderen Teil zur Abwendung der Gefahr zu verpflichten, solange es noch Zeit ist. Hierauf beruht die Vorschrift des § 908.

2. **Der § 908 gewährt einen negatorischen Anspruch** auf die Ergreifung der zur Abwendung der drohenden Gefahr erforderlichen Vorkehrungsmaßregeln.

a) **Klagberechtigt** ist, da die drohende Gefahr als Beeinträchtigung des Eigentums im Sinne des § 1004 zu betrachten ist, der Eigentümer, jeder Miteigentümer (§ 1011) und, wenn ein Nutzungsrecht an dem Grundstücke durch den drohenden Einsturz gefährdet ist, nach den §§ 1017, 1027, 1065, 1090 auch der Nutzungsberechtigte.

b) **Passiv legitimiert** ist nicht der Eigentümer der gefährdenden Anlage als solcher, sondern derjenige, welcher nach dem § 836 Abs. 1 oder den §§ 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde. Dies ist der Eigenbesitzer des Grundstücks (§ 836 Abs. 1; nicht der frühere Besitzer, § 836 Abs. 2) oder an dessen Stelle derjenige, welcher in Ausübung eines Rechtes — z. B. eines Miet- oder eines Pachtrechts (§ 547 Abs. 2 Satz 2, § 581 Abs. 2), eines Erbbaurechts (§§ 1012 ff.) oder einer Dienstbarkeit (§§ 1020, 1021, 1030, 1036) — die Anlage besitzt (§ 837), daneben aber auch ein Dritter, der dem Besitzer gegenüber vertragsmäßig oder auf Grund eines ihm zustehenden Nutzungsrechts zur Unterhaltung der Anlage verpflichtet ist (§ 838; s. Bd. II Erl. zu §§ 836—838). Gleichwohl wird durch den § 908 eine B e s c h r ä n k u n g d e s E i g e n t u m s an dem Grundstücke, mit welchem das Gebäude rc. verbunden ist, begründet, weil der Eigentümer den Besitz nur mit der demselben anhaftenden Verpflichtung zur Abwendung der Gefahr auf einen anderen übertragen kann.

c) **Voraussetzung der Klage** ist eine dem Grundstücke des Klägers von dem Nachbargrundstücke drohende Gefahr der Beschädigung durch Einsturz eines mit dem Nachbargrundstücke verbundenen Werkes oder durch Ablösung von Teilen des Werkes. Was, abgesehen von den besonders hervorgehobenen Gebäuden, zu den Werken zu rechnen ist, darüber vgl. Bd. II Erl. 2a zu § 836. Als Teile eines Gebäudes sind z. B. auch der Fußboden, die Decke, die Steinfliesen auf dem Boden anzusehen; das Durchbrechen des morsch gewordenen Fußbodens bildet daher die Ablösung eines Gebäudeteils (RG. 52 S. 236).

Die **Ursache der Gefahr** ist gleichgültig; es kommt namentlich nicht darauf an, ob sie in einem Verschulden des Besitzers oder in einem Zufall (Feuersbrunst, Erdbeben) ihren Grund hat.

d) **Die Klage geht auf** Ergreifung der erforderlichen Vorkehrungsmaßregeln durch den Beklagten; die Eigentumsbeschränkung des § 908 besteht also in einer Verpflichtung zu einem Tun. Welche Vorkehrungen zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles entscheiden. Auch der Abbruch des Gebäudes oder anderen Werkes wird verlangt werden können, wenn andere Vorkehrungen zur Abwehr der Gefahr nicht möglich sind.

e) **Den Beweis der Gefahr** hat der klagende Eigentümer oder Nutzungsberechtigte des durch dieselbe bedrohten Grundstücks zu führen.

f) Der Anspruch ist nach § 924 **unverjährbar.**

3. Das gemeinrechtliche Institut der cautio damni infecti wird durch den § 908 ersetzt.

§. 909. Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß für eine genügende anderweitige Befestigung gesorgt ist.

---

§ 909.

E. I § 865; II § 823 rev. § 894; III § 893. M. I S. 3862 ff.; M. III S. 295 f. P. II Bd. 3 S. 162.

1. Wenn ein Grundstück vertieft, z. B. ein Brunnen, eine Grube oder ein Graben hergestellt wird, so kann hierdurch ein benachbartes Grundstück die erforderliche Stütze verlieren. Das römische Recht gab in diesem Falle dem Nachbar nur den Anspruch auf die cautio damni infecti. Über die neueren Gesetzgebungen s. M. III S. 295. Der § 909 trägt dem Interesse der beiden beteiligten Grundstücke Rechnung, indem er einerseits jede Vertiefung des einen, durch welche der Boden des anderen die erforderliche Stütze verliert, allgemein verbietet, andererseits aber das Verbot fallen läßt, wenn für eine genügende Befestigung gesorgt ist.

2. **Der § 909 gewährt die Negatorienklage,** falls der in dieser Vorschrift liegenden Eigentumsbeschränkung zuwider das Nachbargrundstück vertieft worden ist.

a) **Die Klage steht zu** dem Eigentümer, jedem Miteigentümer und dem Nutzungsberechtigten desjenigen Grundstücks, dessen Boden durch die Vertiefung des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert (§§ 1004, 1011, 1017, 1027, 1065, 1090). Die Ansicht, daß jeder, der ein rechtliches Interesse an der Benutzung oder der ungeschmälerten Erhaltung des Grundstücks habe, klagberechtigt sei, wie in der früheren Auflage angenommen ist, dürfte mit dem aus dem Wortlaute sowie aus der Stellung des § 909 sich ergebenden Zwecke desselben, das Eigentum an einem Grundstücke zu Gunsten des Nachbargrundstücks zu beschränken, nicht vereinbar sein (vgl. Staudinger III S. 133 Erl. 1a; a. M. Biermann S. 107).

b) **Passivlegitimiert** ist nicht nur derjenige, welcher die Vertiefung vornimmt oder vornehmen läßt, sondern auch wer sie bestehen läßt, obwohl er nach seinem Verhältnisse zu dem vertieften Grundstücke in der rechtlichen Lage ist, sie zu beseitigen. Denn der § 909 erklärt nicht nur das Vertiefen selbst, sondern auch den durch diese Handlung geschaffenen Zustand als den Nachbarn gefährdend für unstatthaft (vgl. § 924); die Aufrechterhaltung dieses Zustandes bildet daher eine Beeinträchtigung im Sinne des § 1004, für welche jener als Störer verantwortlich ist (Rspr. 4 S. 62).

c) **Die Klage geht auf** Unterlassung oder Beseitigung der Vertiefung, nicht auf Beschaffung anderweitiger genügender Befestigung. Zu dieser ist der Beklagte nur berechtigt, nicht verpflichtet (a. M. Rspr. 5 S. 151).

Schadensersatzpflichtig ist der Unternehmer nur, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt (§ 823 Abs. 2), d. h. vorausgesehen hat oder bei gehöriger Aufmerksamkeit voraussehen mußte, daß der Boden des Nachbargrundstücks durch die Vertiefung die erforderliche Stütze verlieren würde (RG. 51 S. 177; a. M. Rspr. 5 S. 151).

d) Die Vertiefung und deren Einfluß auf das Nachbargrundstück hat der Kläger zu beweisen, während der Beweis einer genügenden anderweitigen Befestigung des Bodens dem Beklagten obliegt.

e) Der **Verjährung** ist der Anspruch aus dem § 909 durch den § 924 entzogen.

3. **Für eine genügende anderweitige Befestigung** gesorgt ist nicht nur dann, wenn die zur Verhütung des Einstürzens oder Abrutschens erforderlichen Sicherungsmaßregeln bereits getroffen sind, die anderweitige Befestigung also schon hergestellt ist, — sonst würde in den nicht seltenen Fällen, in denen dies erst nach dem Beginne der Vertiefung geschehen kann, eine bauliche Veränderung, die dem Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze entzieht, wider Willen des Nachbarn nicht begonnen werden können —; es genügt vielmehr, daß die zur Zeit notwendigen und möglichen Schutzvorkehrungen getroffen sind. Hierzu kann, bevor eine tatsächliche anderweitige Befestigung möglich oder erforderlich ist, je nach den Umständen eine entsprechende Zusicherung oder Übernahme einer Verpflichtung seitens des Baulustigen genügen oder die Vornahme vorbereitender Maßregeln (z. B. Bereitstellung des zur anderweitigen Befestigung nötigen Materials) od. ä. geboten sein (Jahrb. d. Württ. Rechtspflege 14 S. 317).

§. 910. Der Eigenthümer eines Grundstücks kann Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches, die von einem Nachbargrundstück eingedrungen sind, abschneiden und behalten. Das Gleiche gilt von herüberragenden Zweigen, wenn der Eigenthümer dem Besitzer des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt.

Dem Eigenthümer steht dieses Recht nicht zu, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen.

---

§ 910.

E. I § 861; II § 824 rev. § 895; III § 894. P. I S. 3847 ff., 11672, 11947 f.; M. III S. 287 f. P. II Bd. 3 S. 138 ff. D. S. 662.

Ortloff, Rechtsschutz betr. Überhang, Überfall, Grenzbaum im Nachbarrecht, im Arch. f. Bürg. R. 17 S. 234 ff., insbesondere S. 270 ff.

1. **Zweck der Vorschrift.** Wurzeln und Zweige eines aus dem Grund und Boden hervorwachsenden Baumes sind auch insoweit, als sie in ein angrenzendes Grundstück eindringen bezw. in dessen Luftraum hineinragen, wesentliche Bestandteile des Baumes, stehen daher in dem nämlichen Eigentume wie dieser (§§ 93, 94). Der Eigentümer des betroffenen Grundstücks braucht sich indessen die Einwirkung nicht gefallen zu lassen, weil durch dieselbe sein Recht beeinträchtigt wird (§ 903, § 905 Satz 1). In den bisherigen Gesetzen wird dies im allgemeinen anerkannt, im einzelnen aber aus Rücksicht auf die Landeskultur und den nachbarlichen Frieden verschiedentlich gemildert; den Rechtsschutz gewähren einige Gesetze lediglich durch die Negatorienklage, andere durch Verweisung des Eigentümers auf das Recht der Selbsthilfe (vgl. M. a. a. O.; Ortloff a. a. O. S. 242 ff., 254 ff.).

Für die Reichsgesetzgebung kam es vornehmlich darauf an, den nachbarlichen Frieden zu stützen und deshalb das Verhältnis einfach und gemeinverständlich zu gestalten, damit Prozesse, die zwischen Nachbarn erfahrungsgemäß oft mit großer Erbitterung geführt werden, möglichst unterbleiben. Um diesen Zweck zu erreichen, stellt das BGB. in dem § 910 Abs. 1 die Regel auf, daß der Grundeigentümer die von einem Nachbargrundstück in sein Raumgebiet eindringenden Wurzeln und Zweige eines Baumes oder Strauches abtrennen und behalten darf.

2. **Der § 910 gewährt** dem Eigentümer **ein Selbsthilferecht** auf Abtrennung und Aneignung der Wurzeln und Zweige. **Das Abtrennungsrecht** kann schon aus § 903 bezw. § 905 Satz 1 hergeleitet werden. **Das Recht, das abgetrennte Holz zu behalten,** erscheint als Äquivalent der Mühe und Arbeit, welche die Abtrennung erfordert; es ist eine Art privatrechtlicher Enteignung des Baum- oder Straucheigentümers (§ 953), die im Vereine mit dem Abtrennungsrecht eine Beschränkung des Eigentums an dem Nachbargrundstücke bedeutet.

Ein Anspruch gegen den Nachbar auf Beseitigung der eingedrungenen Wurzeln und herüberragenden Zweige steht dem Eigentümer des betroffenen Grundstücks nicht zu (Rspr. 2 S. 141; a. M. Ortloff a. a. O. 274 ff.; Meisner a. a. O. S. 96 f.). Denn der § 1004 Abs. 1, auf den allein ein solcher Anspruch gestützt werden könnte, setzt voraus, daß das Eigentum durch irgend eine Tat desjenigen, gegen welchen der Anspruch sich richtet, beeinträchtigt worden ist. Diese Voraussetzung aber trifft hier nicht zu, weil die Wurzeln und Zweige auf natürlichem Wege, ohne Zutun des Nachbarn bezw. des Baum- oder Straucheigentümers, in das Raumgebiet des angrenzenden Grundstücks hineinwachsen (P. II Bd. 3 S. 141 f.; s. indessen RG. 52 S. 373). Die Zulassung der Negatorienklage wäre auch kaum im Interesse der Beteiligten, da sie einerseits den Eigentümer an der Benutzung (namentlich an der Bebauung) des Grundstücks auf längere Zeit hindern, andererseits den Nachbar zu einer oft recht mühevollen Arbeit nötigen, jedenfalls das friedliche Verhältnis zwischen beiden ernstlich gefährden würde.

Das Selbsthilferecht ist nur dem Eigentümer gegeben. Andere, insbesondere auch die Nutzungsberechtigten können es nur als Vertreter des Eigentümers ausüben (s. Biermann S. 108 Erl. 1).

3. **Voraussetzungen des Selbsthilferechts des Eigentümers.** Das Recht, die Wurzeln zu beseitigen, ist für denjenigen, in dessen Grundstück dieselben eingedrungen sind, ohne weiteres gegeben (s. jedoch Erl. 4). Es bedarf keiner Aufforderung an den Nachbar, seinerseits die

§. 911. Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient.

Beseitigung vorzunehmen. Die Vornahme durch den Nachbar wäre auch kaum zweckmäßig (a. M. Ortloff a. a. O. S. 277 f.).

Bei der Beseitigung von Zweigen trifft diese Erwägung nicht zu, da der Baum- oder Stracheigentümer dieselben von dem Nachbargrundstück aus abtrennen kann. Das Gesetz hat keine Veranlassung, ihm die Möglichkeit zur Ausübung dieses Rechtes zu entziehen. Es verpflichtet deshalb den Eigentümer des anderen Grundstücks, wenn er das Herüberragen der Zweige nicht dulden will, zu deren Beseitigung dem Nachbarn eine angemessene Frist zu bestimmen. Erst wenn dieser innerhalb der Frist die Zweige nicht beseitigt, kann jener zur Selbsthilfe schreiten. Dies setzt aber zweierlei voraus:

a) Die Frist muß dem Besitzer des Nachbargrundstücks bezw. desjenigen Teiles bestimmt sein, aus welchem der Baum oder der Strauch an die Oberfläche tritt. Der Eigentümer ist, wenn er sich nicht im Besitze befindet, nicht passiv legitimiert, weil er nicht in der Lage ist, die Zweige zu beseitigen.

b) Die Frist muß angemessen sein, d. h. für die zu der Beseitigung erforderliche Arbeit nach den gegebenen Umständen ausreichen.

Sind nicht beide Voraussetzungen erfüllt, so bleibt das Verhältnis so, wie es vor der Fristsetzung war: Der Eigentümer darf ohne neue Fristbestimmung die herüberragenden Zweige nicht beseitigen. Tut er es dennoch, so wird er nicht Eigentümer des abgetrennten Holzes; vielmehr verbleibt dasselbe dem Baum- oder Stracheigentümer. Schadensersatz kann dieser nur fordern, wenn der andere den Mangel seines Rechtes bei der Abtrennung kannte oder kennen mußte (§ 823). Wegen des Falles, wenn die Frist (b) zu kurz bemessen war, vgl. Bd. II Erl. zu § 250.

4. Die Regel, die der § 910 aufstellt, hat **Ausnahmen:**

a) Der Eigentümer des Grundstücks hat das Abtrennungsrecht nicht, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen (Abs. 2); den Mangel der Beeinträchtigung hat der Nachbar zu beweisen. Hierbei kommt aber nicht bloß die gegenwärtige, sondern auch die zukünftige Benutzung in Betracht (Biermann S. 108 Erl. 1 b; a. M. Kretzschmar II S. 32).

b) Für Obstbäume können die Landesgesetze das Verhältnis abweichend von dem § 910 bestimmen (EG. Art. 122). Bezüglich der Waldgrundstücke gilt die Übergangsvorschrift des EG. Art. 183.

5. In allen Fällen, in welchen die abgetrennten Wurzeln oder Zweige dem Besitzer des Baumes oder Strauches verbleiben, muß der Besitzer des anderen Grundstücks die Abholung des auf dasselbe gefallenen Holzes nach näherer Bestimmung der §§ 867, 1005 gestatten.

§ 911.

E. I § 862; II § 825 rev. § 896; III § 895. P. I S. 3849 f.; M. III S. 289. P. II Bd. 3 S. 149. D. S. 662. RB. S. 1999.

Ortloff, a. (S. 178) a. O., insbesondere S. 280 ff.

1. **Früchte, die von einem Baume auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen,** kann nach römischem Rechte der Baumeigentümer tertio quoque die abholen, nach deutschem Rechte dagegen der Nachbar sich aneignen (preuß. ALR. I 9 §§ 289, 290, 292; sächs. BGB. § 363; Kayser in Gruch. 21 S. 77 ff.). Der § 911 verwirft das Abholungsrecht, um Streitigkeiten vorzubeugen, die erfahrungsgemäß nicht selten entstehen, wenn das Nachbargrundstück ohne Erlaubnis von einem Fremden betreten werden darf. Der Satz 1 weicht jedoch darin von dem preuß. und dem sächs. Rechte ab, daß er die auf das Nachbargrundstück fallenden Früchte nicht dem Eigentümer desselben zuspricht, sondern die Fiktion aufstellt, daß sie als Früchte dieses Grundstücks gelten. Hierdurch wird klargestellt, daß die Früchte nicht notwendig dem Eigentümer gebühren, sondern nach näherer Bestimmung der §§ 953—957 von demjenigen erworben werden, welcher zum Fruchtbezuge berechtigt ist.

Die Ursache des Abfallens (Reife, Windstoß, Einwirkung eines Dritten) erscheint gleichgültig. **Abpflücken aber darf der Nachbar die Früchte nicht**, denn auf die überhängenden Früchte hat er kein Recht; er wird daher nicht Eigentümer der von ihm abgepflückten Früchte. Veranlaßt er durch Schütteln das Abfallen, so erwirbt er zwar das Eigentum (a. M. Biermann S. 109, Turnau-Förster I S. 311), wird aber unter Umständen nach § 823 wegen unerlaubter Handlung zum Schadensersatze verpflichtet (vgl. Meisner a. a. O. S. 115).

Der § 911 Satz 1 enthält eine Beschränkung des Rechtes desjenigen, welcher nach den §§ 953—957 die Früchte mit der Trennung erwirbt. Das Recht desselben fällt weg, wenn die Früchte auf das Nachbargrundstück fallen, und zwar zu Gunsten desjenigen, welcher die Früchte dieses Grundstücks mit der Trennung erwirbt. Mittelbar liegt hierin indessen eine Beschränkung des Eigentums an dem Grundstück, auf dem die Bäume stehen.

2. Der Grund, auf welchem der Satz 1 beruht, trifft nicht zu, **wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient**, insbesondere wenn es ein öffentlicher Weg, Platz, See oder Fluß ist. Die Anwendung der Vorschrift auf diese Fälle wird deshalb durch Satz 2 ausgeschlossen. Die Früchte, die auf den Weg herabfallen, sind aber deshalb nicht herrenlos, sondern verbleiben dem Baum- oder Straucheigentümer oder werden von demjenigen erworben, welchem das Recht hierzu nach §§ 954—957 zusteht.

§§ 912—916.

Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau rc., 1900.

1. **Inhalt und Begründung der Vorschriften über den Grenzüberbau.** Die Grenze zwischen zwei Grundstücken bildet die Schranke, welche bei der Errichtung eines Gebäudes eingehalten werden muß. Geschieht dies nicht, so kann der Nachbar, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, die Beseitigung des auf sein Grundstück herüberreichenden Gebäudeteils verlangen (§§ 903, 905, 1004). Hierbei beläßt es auch das BGB. für die Fälle, in welchen der Überbau auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des bauenden Eigentümers zurückzuführen oder gegen den Widerspruch des Nachbars erfolgt ist. Wenn dagegen diese Voraussetzungen nicht vorliegen, so erscheint es nicht allein unbillig, sondern auch die volkswirtschaftlich gebotene Rücksicht auf die Erhaltung von Gebäuden verletzend, den Eigentümer des Baues zu dessen teilweiser Beseitigung zu nötigen. Es fragt sich nur, wie die einander widerstreitenden Interessen ausgeglichen werden sollen.

Das römische Recht bietet hierfür kaum einen Anhalt, da es nur den Fall der Ausbauchung einer Mauer über die Grenze behandelt. Dagegen versuchte die Landesgesetzgebung in Preußen durch das ALR. I 9 §§ 340—342 und in Württemberg durch die Bauordnung v. 6. Oktober 1872 Art. 72 einen Ausgleich, indem sie unter bestimmten Voraussetzungen nicht bloß zur Duldung des Überbaues den Nachbar gegen Entschädigung verpflichtete, sondern auch das Eigentum an dem überbauten Teile des Grundstücks auf den (bauenden) Eigentümer des anderen Grundstücks übergehen ließ. Näheres über die geschichtliche Entwickelung bei Wolff a. a. O. S. 23ff.

Das BGB. schließt sich diesen Vorgängen darin an, daß der Nachbar, wenn dem bauenden Eigentümer Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt, den Überbau zu dulden hat. Im übrigen geht es seinen eigenen Weg. Der Nachbar ist von dem Eigentümer des anderen Grundstücks durch eine Geldrente zu entschädigen; er behält das Eigentum an dem überbauten Teile seines Grundstücks, kann aber jederzeit verlangen, daß der Rentenpflichtige ihm gegen Übertragung des Eigentums den Wert ersetzt, den dieser Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat. Die hierin liegende Abweichung von den angeführten Gesetzen beruht auf der Erwägung, daß der Eingriff in das Nachbareigentum nicht weiter zu gehen hat, als das Bedürfnis erfordert; überdies ist mit der Regelung des BGB. der Vorzug verbunden, daß den Schwierigkeiten ausgewichen wird, welche bei Anwendung des preußischen bezw. württembergischen Prinzips durch die nach demselben notwendige Berücksichtigung der Realberechtigten, insbesondere der Hypothekengläubiger, entstehen würden.

2. **Die Beteiligten können das Verhältnis auch abweichend von dem § 912 gestalten**; sie können namentlich von der Rentenpflicht absehen und die Sache durch sofortige Abtretung des Eigentums an dem überbauten Teile des Nachbargrundstücks gegen Entschädigung ordnen. Alsdann muß aber dieser Teil dem Eigentümer des anderen Grundstücks aufgelassen und der Eigentumswechsel in das Grundbuch eingetragen (§§ 873, 925), auch das Interesse der Realberechtigten gewahrt werden (vgl. EG. Art. 120).

§. 912. Hat der Eigenthümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Ueberbau zu dulden, es sei denn, daß er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat.

Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen. Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend.

---

3. **Das Rechtsverhältnis, welches durch den Überbau begründet wird,** ist abgesehen von dem Falle, wenn derselbe der Beseitigung unterliegt, **ein doppeltes**: der Nachbar hat den Überbau zu dulden; der Eigentümer des anderen Grundstücks hat die Rente zu entrichten. Beide Verpflichtungen sind dinglicher Natur, obschon sie nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Die Duldungspflicht richtet sich gegen das aus dem Eigentum an dem Nachbargrundstücke fließende Verbietungsrecht, stellt sich mithin als eine servitutähnliche Beschränkung des Eigentums dar; die Rentenpflicht trifft den jeweiligen Eigentümer des anderen Grundstücks, hat daher den Charakter einer Reallast.

4. **Inhaltsübersicht.** Die Grundlagen des Verhältnisses werden in dem § 912 bestimmt. Die §§ 913, 914 enthalten die Einzelheiten über die Rente. Das Recht des Nachbarn, das Verhältnis durch Abtretung des Eigentums an dem überbauten Teile zu lösen, wird in dem § 915 festgesetzt. Der § 916 schreibt die entsprechende Anwendung der §§ 912—914 auf den Fall vor, in welchem ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstücke durch den Überbau beeinträchtigt wird.

5. Über die Anwendung der §§ 912 ff. in der **Übergangszeit** vgl. Bd. VI Erl. zu Art. 181, RG. 46 S. 143, 47 S. 115, 360, 48 S. 262. Ob diese Vorschriften auch bei Nichteinhaltung des **landesrechtlich vorgeschriebenen Bauabstandes** (s. Bd. VI Erl. zu Art. 124) entsprechende Anwendung finden, bestimmt sich nach Landesrecht (Biermann S. 111; a. M. Wolff a. a. O. S. 98 ff.).

§ 912.

E. I § 857; II § 826 rev. § 897; III § 896. M. I S. 3831 ff.; M. III S. 282 ff. P. II Bd. 3 S. 133 ff., 137. D. S. 662.

1. **Die Voraussetzungen,** von welchen der § 912 die Duldung des Überbaues abhängig macht, sind folgende:

a) Errichtung eines Gebäudes, d. h. Aufführung eines Wohnhauses, eines Fabrikgebäudes, eines Stalles, eines Speichers, einer Scheune rc. (näheres bei Wolff a. a. O. S. 87 ff., Meisner a. a. O. S. 118 f.). Handelt es sich nicht um einen Neubau, sondern nur um die Reparatur eines Gebäudes, so kann der Nachbar, wenn hierbei der Bau über die Grenze ausgedehnt wird, die Beseitigung des auf sein Grundstück geratenen Gebäudeteils verlangen (§ 903, § 905 Satz 1, §§ 985, 1004). Das gleiche gilt, wenn eine Mauer oder Wand, die nicht Bestandteil eines Gebäudes ist, die Grenze nicht einhält.

b) Errichtung eines Gebäudes **durch den Eigentümer,** der nicht zugleich Eigentümer des Nachbargrundstücks sein darf. Bei Identität des Eigentümers beider Grundstücke sind die §§ 912 ff. nicht anwendbar und werden es auch nicht mit der Aufhebung der Identität nach der Grenzüberschreitung (a. M. Wolff a. a. O. S. 201 ff.; Meisner a. a. O. S. 122). Baut ein **Erbbauberechtigter,** so gilt dasselbe wie für den Bau des Eigentümers (§ 1017), d. h. der Berechtigte tritt zu dem Nachbarn in das nämliche Rechtsverhältnis, welches nach § 912 zwischen diesem und dem Eigentümer begründet wird. Dagegen sind Pächter und Nießbraucher dem Erbbauberechtigten nicht gleichgestellt (a. M. Dernburg III S. 236 § 83). Auf einen von diesem oder einem sonstigen Dritten errichteten Überbau sind jedoch die Vorschriften des § 185 entsprechend anzuwenden (vgl. Wolff a. a. O. S. 110 ff.).

c) Überschreitung der Grenze, gleichviel ob schon das Fundament oder erst ein Erker rc. des Gebäudes in das Raumgebiet des Nachbars eindringt. Auf den Fall, wenn das Gebäude in seinem ganzen Umfang auf dem Nachbargrundstück aufgeführt wird, ist der § 912 nicht berechnet. Dagegen findet er auch dann Anwendung, wenn ein Nachbargrundstück durch Teile des Gebäudes ganz überbaut wird (RG. 52 S. 15).

d) Überschreitung, ohne daß dem bauenden Eigentümer **Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit** zur Last fällt. „Nach dem Wortlaute des § 912 könnte es zweifelhaft sein, ob sich Vorsatz und

grobe Fahrlässigkeit nicht lediglich auf Verletzung der Grenze richtet; auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze muß jedoch angenommen werden, daß Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit dann zu verneinen sind, wenn der Bauende zu der Annahme berechtigt war, daß er über die Grenze bauen dürfe" (RG. 52 S. 15; a. M. Seuff. A. 56 Nr. 126). Den Beweis, daß er weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gehandelt habe, hat der Eigentümer zu führen (RG. 47 S. 114). Die Schwierigkeit dieses Beweises wird dadurch erheblich vermindert, daß im Streitfalle das Gericht nach freier Überzeugung auf Grund der Verhandlungen darüber zu entscheiden hat, ob die Fahrlässigkeit eine grobe ist oder nicht (CPO. § 286, § 287 Abs. 1 Satz 2).

e) Nichterhebung eines Widerspruchs des Nachbarn gegen den Überbau. Der Eigentümer hat, wenn er bauen will, nicht nötig, dem Nachbarn hiervon Mitteilung zu machen. Findet dieser aber, daß der Neubau in sein Raumgebiet eindringt, so kann er der bevorstehenden oder erfolgten Grenzüberschreitung widersprechen, um bei dem Bauenden keinen Zweifel zu lassen, daß er den Überbau nicht dulden werde. Der Widerspruch muß aber rechtzeitig d. h. vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung erhoben werden. Geschieht dies, so wird weder die Billigkeit noch die volkswirtschaftliche Rücksicht auf die Erhaltung des Gebäudes verletzt, wenn dessen Eigentümer später genötigt wird, den Überbau bis zur Grenze einzuziehen.

Der Widerspruch ist an keine Form gebunden. Nicht ausdrücklich bestimmt ist, ob der Widerspruch einer bestimmten Person und welcher gegenüber erfolgen muß. Aus der Natur und dem Zwecke des Widerspruchs aber wird zu folgern sein, daß er demjenigen gegenüber erfolgen muß, welcher den Überbau vornimmt, also dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten gegenüber. Das hiergegen möglicherweise zu erhebende Bedenken, daß der Nachbar unter Umständen, z. B. wenn der Aufenthalt des überbauenden Eigentümers unbekannt ist, nicht imstande ist, demselben den Widerspruch sofort zugehen zu lassen, dürfte nicht ins Gewicht fallen. Es ist dies für den Nachbar ein unglücklicher Zufall, den er ebenso tragen muß wie den möglicherweise ebenfalls völlig unverschuldeten Umstand, daß er nicht sofort von dem Überbaue Kenntnis erhält und dadurch außer Stand gesetzt wird, den Widerspruch sofort zu erklären. Daß das Gesetz hierauf kein entscheidendes Gewicht legt, geht daraus hervor, daß es nicht unverzüglichen, sondern sofortigen Widerspruch verlangt. Der Zweck der Vorschrift ist, daß der Überbauende sofort Kenntnis von dem Widerspruch erhalten soll und dieser Zweck wird offenbar nicht erreicht, wenn jeder irgendwie erklärte Widerspruch genügte. Selbstverständlich übrigens genügt es, wenn der Widerspruch einem zur Empfangnahme ermächtigten Vertreter des Eigentümers gegenüber erfolgt und als ein solcher dürfte im Zweifel (a. M. Wolff a. a. O. S. 120) der Leiter des Baues zu betrachten sein. Den Beweis des Überbaues und des Widerspruchs hat der Nachbar zu führen. Ist er durch Zwang, Betrug oder Irrtum bestimmt worden, den Widerspruch zu unterlassen, so soll die Unterlassung nach Biermann 1. Aufl. S. 58 angefochten werden können. Für das preußische Recht mag dies zutreffend gewesen sein (RG. 38 S. 289). Nach dem BGB. dagegen erscheint es nicht gerechtfertigt, da dieses die Duldungspflicht nicht auf die Kenntnis des Nachbarn zurückführt und folglich in dem Unterbleiben eines Widerspruchs gegen den Überbau nicht eine Genehmigung desselben durch stillschweigende Willenserklärung sehen kann (vgl. Maenner § 22 Note 49, S. 123 f.; Biermann 2. Aufl. S. 110).

Zur Erhebung des Widerspruchs ist, wenn ein Fall des § 916 vorliegt, nicht bloß der Nachbar, d. i. der Eigentümer, sondern auch derjenige befugt, welchem ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstücke zusteht. Ein anderer, insbesondere auch ein sonstiger dinglich Berechtigter (a. M. Dernburg III S. 236 § 83), kann nur in Vertretung des Nachbarn widersprechen, auf Grund eines eigenen Rechtes an dem Grundstücke dagegen nur an die dem Eigentümer gebührende Rente sich halten. Über die Wirkung des Widerspruchs des Besitzers vgl. Wolff a. a. O. S. 118. Sind mehrere Widerspruchsberechtigte vorhanden, so wirkt der Widerspruch des einen nicht zu Gunsten des anderen (s. Wolff a. a. O. S. 129 ff.; a. M. Staudinger III S. 139).

2. Die Rechtsnormen, welche der § 912 an den Überbau unter den bezeichneten Voraussetzungen knüpft, verpflichten den Eigentümer des Nachbargrundstücks zur Duldung des Überbaues, den Eigentümer des anderen Grundstücks zur Entschädigung des Nachbarn durch eine Geldrente (Vorbm. 3, S. 181). Die Rente müßte eigentlich eine variable sein, so daß ihre Höhe sich nach der jeweiligen Einbuße richtete, die der Nachbar durch den Überbau erleidet. Indessen würde hierdurch eine fortdauernde Quelle von Streitigkeiten geschaffen werden, denen das Gesetz im Interesse des nachbarlichen Friedens vorbeugen muß. Der § 912 bestimmt deshalb, daß für die Höhe der Rente die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend ist.

§. 913. Die Rente für den Ueberbau ist dem jeweiligen Eigenthümer des Nachbargrundstücks von dem jeweiligen Eigenthümer des anderen Grundstücks zu entrichten.

Die Rente ist jährlich im Voraus zu entrichten.

§. 914. Das Recht auf die Rente geht allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den älteren, vor. Es erlischt mit der Beseitigung des Ueberbaues.

Setzen die Nachbarn die Höhe durch Verabredung fest, so sind ihre Sondernachfolger hieran nur gebunden, wenn die Eintragung in das Grundbuch hinzugekommen ist (§ 914 Abs. 2 Satz 2). Außerdem bedarf nur der Verzicht auf die Rente der Eintragung; im übrigen ist weder die Rente noch die Duldungspflicht eintragungsbedürftig und eintragungsfähig (s. Erl. 2 zu § 914).

§ 913.

E. I § 857 Abs. 2; § 858 Abs. 1 Satz 1; II § 827 Abs. 1, 2 Satz 1 rev. § 893; III § 897. P. I S. 3831 ff., 3840 ff.; M. III S. 285 f. P. II Bd. 3 S. 135 f.; Bd. 6 S. 229 f. D. S. 662.

1. **Subjektiv und objektiv dingliche Natur der Überbaurente.** Da der Nachbar d. i. der jeweilige Eigentümer des Nachbargrundstücks den Überbau zum Vorteile des anderen Grundstücks zu dulden hat, so muß die ihm hierfür gebührende Entschädigungsrente von dem jeweiligen Eigentümer dieses Grundstücks entrichtet werden. Beide Pflichten sind gesetzliche Beschränkungen des Eigentums, durch welche das eine Grundstück zu Gunsten des anderen belastet wird. Sie erscheinen in dem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung, aber nicht in dem Sinne, daß die Duldungspflicht von der Entrichtung der fälligen Rente abhinge, sondern so, daß sie durch die Belastung des anderen Grundstücks mit der Rentenpflicht ein für allemal vergolten wird (P. I S. 3841 ff.). Wird diese Pflicht nicht pünktlich erfüllt, so bleibt dem Nachbarn nur übrig, den Rechtsweg gegen den Pflichtigen zu beschreiten.

Eine Vorschrift, wie der § 913 Abs. 1 sie aufstellt, war notwendig, mindestens zweckmäßig, um außer Zweifel zu stellen, daß jeder neue Eigentümer die mit dem Eigentume verbundene Pflicht überkommt, ohne sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen zu können.

2. **Beginn und Ende der Rente.** Die Rentenpflicht beginnt mit dem Überbau und erlischt kraft Gesetzes mit dessen Beseitigung (s. Erl. 1 zu § 914). Wird die Überschreitung der Grenze erst nachträglich entdeckt, so kann die Rente auch für die Vergangenheit von dem Zeitpunkte der Grenzüberschreitung ab gefordert werden (abw. M. III S. 287), soweit nicht die Verjährungseinrede durchgreift. Der Anspruch auf Rückstände verjährt in vier Jahren (§ 197), das Gesamtrecht unterliegt keiner Verjährung (Bd. I S. 371 Erl. 2 zu § 224).

Über die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Rentenrechts s. Erl. 2 zu § 914, über sein Fortdauern im Falle der Zwangsversteigerung ebd. Erl. 1 und über die Unanwendbarkeit der landesrechtlichen Ablösungsgesetze EG. Art. 116.

3. **Fälligkeit der Rente.** Daß die Überbaurente für einen bestimmten Zeitraum im voraus zu entrichten ist, entspricht ihrem Zwecke und ihrer rechtlichen Natur (vgl. §§ 760, 1612, 1710). Die Bemessung dieses Zeitraums auf ein Jahr erscheint gerechtfertigt, weil es sich meist nur um verhältnismäßig kleine Beträge handeln wird. Eine abweichende Vereinbarung ist zulässig; zur Erlangung dinglicher Wirkung bedarf sie aber nach Analogie des § 914 Abs. 2 Satz 2 der Eintragung (vgl. Wolff a. a. O. S. 154 f.).

§ 914.

E. I § 858 Abs. 1 Satz 2—5, Abs. 2; II § 827 Abs. 2 Satz 2, 3, Abs. 3 rev. § 899; III § 898. P. I S. 3840 f., 3843 f.; M. III S. 285 f. P. II Bd. 3 S. 136 ff.; Bd. 6 S. 229 f. D. S. 662.

1. **Der Vorzug des Rentenrechts** vor allen anderen eingetragenen oder nicht eingetragenen Rechten an dem belasteten Grundstücke (Abs. 1 Satz 1) rechtfertigt sich dadurch, daß einerseits auch diesen Rechten die Erhaltung des auf dem Nachbargrundstücke stehenden Gebäudeteils zu gute kommt, andererseits die Gerechtigkeit gegen den Nachbar verlangt, daß die demselben gebührende Rente absolut sichergestellt wird (P. I S. 3843). Aus den gleichen Gründen muß **das Recht auf die Rente solange dauern** wie der Überbau; es kann, wenn der Berechtigte nicht mit

Das Recht wird nicht in das Grundbuch eingetragen. Zum Verzicht auf das Recht sowie zur Feststellung der Höhe der Rente durch Vertrag ist die Eintragung erforderlich.

Im Uebrigen finden die Vorschriften Anwendung, die für eine zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks bestehende Reallast gelten.

Erfolg von der Befugnis des § 915 Gebrauch macht oder auf die Rente verzichtet (Erl. 2b), erst mit der Beseitigung des Überbaues erlöschen (Abs. 1 Satz 2; näheres bei Wolff a. a. O. S. 157ff.).

Belasten mehrere Überbau- oder Notwegrenten dasselbe Grundstück, so bestimmt sich ihr Rangverhältnis unter einander nach dem Zeitpunkte ihrer Entstehung (S. 101 Erl. 6 zu § 879; ebenso Fuchs S. 90, Biermann S. 112; a. M. Wolff a. a. O. S. 145, welcher ihnen gleichen Rang zuspricht).

Wird das belastete Grundstück zur Zwangsversteigerung gestellt, so gehört der Nachbar zu den Beteiligten (ZVG. § 9 Nr. 2): er kann den etwa rückständigen sowie den laufenden Betrag der Rente aus dem Versteigerungserlöse beanspruchen (ebd. § 45 Abs. 1, § 47 Satz 1, § 49 Abs. 1); das Rentenrecht selbst bleibt von dem Verfahren unberührt, auch wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist (ebd. § 52 Abs. 2).

2. Eintragung in das Grundbuch. Die Belastung des Grundstücks mit der Rente entsteht kraft Gesetzes mit der Überschreitung der Grenze durch das Gebäude. Von der Eintragung in das Grundbuch kann daher die Entstehung nicht abhängen. Der § 914 Abs. 2 Satz 1 schließt aber die Eintragung auch zum Zwecke der Veröffentlichung aus, weil der Nachteil, welcher durch den Vorzug der Rente den übrigen Rechten an dem Grundstücke zugefügt wird, seine Ausgleichung in dem Vorteile findet, den diese Rechte von der Erhaltung des Überbaues haben. Ein Schutz des Rechtserwerbes durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs erschien daher unnötig, ganz abgesehen davon, daß die Eintragung mit dem Vorzuge der Rente vor den übrigen Rechten die Zustimmung der Berechtigten erfordern, dieses Erfordernis aber nur schwer zu erfüllen sein würde. Die Rente ist ebensowenig eintragungsfähig wie die Pflicht des Rentenberechtigten zur Duldung des Überbaues.

Anders dagegen liegt nach Satz 2 des Abs. 2 das Verhältnis, wenn die beiden Nachbarn die Höhe der Rente ein für allemal festsetzen oder die Rente durch Verzicht beseitigen wollen.

a) Die Höhe der Rente beläuft sich kraft Gesetzes auf den angemessenen Betrag, berechnet nach dem Zeitpunkte der Grenzüberschreitung (§ 912 Abs. 2). Die Festsetzung dieses Betrages hat im Streitfalle durch Urteil zu erfolgen, welches zwar nicht für und gegen Dritte, insbesondere andere Rentenberechtigte (s. § 916) sowie gegen die Inhaber älterer Rechte an dem belasteten Grundstücke, welche an dem Rechtsstreite nicht teilgenommen haben, wohl aber gemäß CPO. § 325 Abs. 1 für und gegen die Rechtsnachfolger der Parteien wirkt (a. M. Wolff a. a. O. S. 148f. bezüglich der Sondernachfolger). Einigen sich aber die Nachbarn über die Höhe der Rente, so wirkt dieser Vertrag an sich nur obligatorisch. Dingliche Wirkung kann er nach § 873 nur erlangen, wenn die Festsetzung der Höhe in das Grundbuch eingetragen wird. Nach §§ 96, 876f. ist zu dieser Festsetzung außerdem die Zustimmung der an dem überbauten Grundstücke Berechtigten erforderlich; fehlt sie, so hat der Vertrag nur obligatorische Wirkung (anders die frühere Aufl.), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der festgesetzte Betrag den angemessenen übersteigt oder nicht (abw. Fuchs S. 204f.). Der Zustimmung der an dem belasteten Grundstücke Berechtigten bedarf es dagegen nur, um demjenigen Teile der Rente, welcher den angemessenen Betrag übersteigt, den Vorrang vor ihren Rechten zu verschaffen (vgl. Wolff a. a. O. S. 149ff.).

Die Eintragung der Rente hat auf dem Grundbuchblatte des belasteten Grundstücks zu erfolgen; auf dem des Berechtigten ist sie gemäß GBO. § 8 auf Antrag zu vermerken. Bei der Eintragung ist der Vorrang der Rente zu vermerken, vorausgesetzt, daß die bereits eingetragenen Berechtigten diese Eintragung bewilligt haben oder gehörig nachgewiesen wird, daß der festgesetzte Betrag den angemessenen nicht übersteigt (GBO. §§ 19, 22, 29).

b) Der Verzicht auf die Rente ist dem Eintragungszwang unterworfen, damit sich jeder Erwerber des überbauten Grundstücks oder eines Rechtes an diesem auf das Bestehen des Rentenrechts verlassen kann, sofern sich nicht das Gegenteil aus dem Grundbuch ergibt (s. P. II Bd. 3 S. 137). Zu dem Verzichte bedarf es, außer der Verzichtserklärung des Berechtigten und der Eintragung, der Zustimmung derjenigen, welchen ein Recht an dem überbauten Grundstücke zusteht (§§ 875f.). Andernfalls wirkt der Verzicht nur obligatorisch.

§. 915. Der Rentenberechtigte kann jederzeit verlangen, daß der Rentenpflichtige ihm gegen Uebertragung des Eigenthums an dem überbauten Theile des Grundstücks den Werth ersetzt, den dieser Theil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat. Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, so bestimmen sich die Rechte und Verpflichtungen beider Theile nach den Vorschriften über den Kauf.

Für die Zeit bis zur Uebertragung des Eigenthums ist die Rente fortzuentrichten.

Auch diese Eintragung hat auf dem Blatte des belasteten Grundstücks zu erfolgen, da dieses die maßgebende Stelle für das Bestehen aller Belastungen bildet (so Staudinger III S. 141 Erl. 3, Kretzschmar II S. 39, Biermann S. 113; Wolff a. a. O. S. 152; a. M. Fuchs S. 205, Turnau-Förster I S. 316 Erl. 5). Die Stelle des Grundbuchblatts bestimmt sich nach den Anordnungen der Landesjustizverwaltung (vgl. z. B. die preuß. Allg. Verf. v. 20. Novbr. 1899 § 11 Abs. 1 Nr. 4). Ein Vermerk des Erlöschens der Rente auf dem Blatte des überbauten Grundstücks auf Grund der GBO. § 8 ist nur zulässig, wenn die Eintragung der Höhe der Rente daselbst vermerkt ist.

3. **Anwendbarkeit der Vorschriften über subjektiv-dingliche Reallasten.** Durch die Rente entsteht an dem Grundstücke, von dem aus übergebaut ist, eine Reallast zu Gunsten des Eigentümers des Nachbargrundstücks (vgl. § 1105). Die für eine solche Reallast gegebenen Vorschriften des siebenten Abschnitts kommen daher an sich auch hier zur Anwendung. Nach der herrschenden Meinung soll indessen im Falle einer Teilung des belasteten Grundstücks der § 1108 Abs. 2, nach welchem die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner haften, nicht anwendbar sein, vielmehr nur der Eigentümer haften, „auf dessen Teil sich das Gebäude befindet“ (vgl. Biermann S. 112f., Fuchs S. 205, Kretzschmar II S. 40, Staudinger III S. 141, Wolff a. a. O. S. 140f.). Diese Auffassung erscheint jedoch nicht richtig, weil die Rente an den übrigen Teilen nur mit dem Willen derjenigen erlöschen kann, welchen Rechte an dem Nachbargrundstücke zustehen (vgl. §§ 875, 876). Wenn dagegen das Grundstück des Berechtigten geteilt wird, bleibt das Recht auf die Rente nur mit demjenigen Teile verbunden, auf welchem der Überbau ruht (vgl. § 1109 Abs. 3); die Vorschriften des § 1109 Abs. 1, 2 kommen nicht zur Anwendung.

Die im EG. Art. 113—115 vorbehaltenen landesrechtlichen Vorschriften über die Ablösung der Reallasten &c. finden nach dem EG. Art. 116 auf die Überbaurente keine Anwendung.

§ 915.

E. I § 859; II § 828 rev. § 900; III § 899. P. I S. 3831 f., 3834, 3840 f., 3844 f., 6211, 6217; M. III S. 287. P. II Bd. 3 S. 138; Bd. 4 S. 589. D. S. 662.

1. **Der Berechtigte.** Wenn das Gesetz demjenigen, welcher über die Grenze gebaut hat, zur Erhaltung des Gebäudes weder das Eigentum an der überbauten Fläche zuspricht, noch einen Anspruch auf Übertragung desselben gewährt, so ist hierfür lediglich die Rücksicht auf den Nachbar bestimmend gewesen. Verlangt indessen der Nachbar selbst, statt der Rente für die Duldung des Überbaues, **Entschädigung in Kapital gegen Übertragung des Eigentums,** so besteht keine Veranlassung, diesem Verlangen entgegenzutreten. Berechtigt, den Eigentumswechsel zu fordern, ist also nur der Rentenberechtigte, nicht der Rentenpflichtige und auch nur der rentenberechtigte Eigentümer; im § 916 ist der § 915 nicht für entsprechend anwendbar erklärt.

2. **Wie von dem Rechte Gebrauch zu machen ist,** sagt das Gesetz nicht. Es genügt daher die Erklärung des Berechtigten dem Verpflichteten gegenüber, daß er diesem die überbaute Grundfläche abtreten wolle und dessen Wert ersetzt verlange. Fordert er hierbei eine bestimmte Summe, so ist es Auslegungsfrage, ob von der Einigung auf diesen Betrag oder dessen richterlichen Festsetzung die Wirkung seiner Erklärung abhängig gemacht werden sollte oder ob diese als eine unbedingte anzusehen ist (vgl. Wolff a. a. O. S. 172f.).

3. **Wirkungen.** Macht der Nachbar von dem Rechte Gebrauch, welches ihm der § 915 Abs. 1 Satz 1 beilegt, so wird zwischen ihm und dem Rentenpflichtigen nach Satz 2 dasselbe Rechtsverhältnis begründet wie zwischen Verkäufer und Käufer. Der Kaufvertrag gilt mit der Erklärung (Erl. 2) als geschlossen, und zwar, ohne Rücksicht auf einen späteren Eigentumswechsel, zwischen den Eigentümern der beiden Grundstücke zur Zeit der Erklärung (vgl. Wolff S. 175).

§. 916. Wird durch den Ueberbau ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstücke beeinträchtigt, so finden zu Gunsten des Berechtigten die Vorschriften der §§. 912 bis 914 entsprechende Anwendung.

Der Kaufpreis besteht in dem Werte des überbauten Teiles des Grundstücks zur Zeit der Grenzüberschreitung. Die Festsetzung dieses Zeitpunktes entspricht der Vorschrift des § 912 Abs. 2 Satz 2. Ein Streit über die Höhe des Wertes ist eventuell im Prozeßwege zum Austrage zu bringen. Der Nachbar kann aber die Zahlung des ihm gebührenden Betrags nur fordern, wenn er dagegen dem Eigentümer des anderen Grundstücks den bebauten Teil seines Grundstücks frei von eingetragenen Belastungen mit der Wirkung aufläßt, daß der Erwerber als Eigentümer eingetragen wird (§§ 433ff., 925; vgl. EG. Art. 120); die beiderseitigen Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen (vgl. § 273 Abs. 1, §§ 274, 298, § 322 Abs. 1). Wie sich die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Kauf im einzelnen gestaltet, darüber vgl. Wolff a. a. O. S. 177ff.

4. **Erlöschen der Rentenpflicht (Abs. 2).** Die Rente wird dafür entrichtet, daß der Nachbar den Überbau dulden muß. Das Recht auf die Rente dauert mithin so lange wie die Duldungspflicht. Diese Pflicht aber erlischt nicht nur durch Beseitigung des Überbaues, sondern erledigt sich auch dann, wenn das Eigentum an dem überbauten Teile des Nachbargrundstücks auf den Eigentümer des anderen Grundstücks übertragen wird. Für die Zeit bis zu der Übertragung ist daher die Rente fortzuentrichten. Die für diese Zeit von dem Nachbarn empfangenen Rentenbeträge werden auf die Entschädigung desselben in Kapital nicht angerechnet. Wenn jedoch die Zahlung des Wertsersatzes vor der Eigentumsübertragung erfolgt, so ist der Zahlende dem Empfänger gegenüber zu Rentenzahlungen für die spätere Zeit nicht verpflichtet (s. M. III S. 287; Wolff a. a. O. S. 186).

5. Der Anspruch, der für den Nachbar sich aus § 915 Abs. 1 ergibt, entsteht aus der Tatsache des Überbaues, mithin, so lange dieser nicht beseitigt ist, täglich von neuem; er unterliegt daher nach § 924 nicht der **Verjährung.**

§ 916.

E. I § 860; II § 829 rev. § 901; III § 900. P. I S. 3834, 3841, 3845f.; M. III S. 286. P. II Bd. 3 S. 138.

1. Wenn das Gesetz, welches den Nachbar zur Duldung des Überbaues verpflichtet, seinen in der Erhaltung des Gebäudes liegenden Zweck erfüllen soll, so darf es sich nicht auf die Verpflichtung des Nachbarn beschränken, sondern muß die Duldungspflicht mit allen Rechten verbinden, die an dem Nachbargrundstücke bestehen. Befindet sich unter diesen Rechten ein **Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit,** so ist der Berechtigte, falls das Recht durch den Überbau beeinträchtigt wird (s. Wolff a. a. O. S. 106), für die Beeinträchtigung, unter entsprechender Anwendung der §§ 912—914, durch Rente zu entschädigen. Kommen mehrere Nutzungsrechte in Betracht, so ist die Rente für jedes derselben selbständig zu bestimmen und unabhängig von dem andern an den Berechtigten zu entrichten.

Die entsprechende Anwendung der §§ 912—914 macht keine Schwierigkeiten: es gilt für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer des Grundstücks, von dem aus über die Grenze gebaut ist, und dem Nutzungsberechtigten ganz dasselbe, was für das Verhältnis zwischen jenem und dem Eigentümer des Nachbargrundstücks vorgeschrieben ist.

Die in Erl. 1 zu § 912 erörterten Voraussetzungen gelten auch hier. Der § 916 findet daher keine Anwendung, wenn der Eigentümer eines Grundstücks, von dem eine Teilfläche mit einer Grunddienstbarkeit belastet ist, über die Grenze des unbelasteten Teiles auf den belasteten hinüberbaut (RG. 47 S. 359, JW. 1902 Beil. S. 258; a. M. Seuff. A. 57 Nr. 8) oder wenn der Eigentümer eines mit einer Dienstbarkeit des Nichtbebauens belasteten Grundstücks dieser Servitut zuwider auf seinem Grundstücke baut (RG. 48 S. 262). In beiden Fällen kann der Dienstbarkeitsberechtigte die Beseitigung des Baues fordern.

2. Auf die **übrigen Rechte,** die an dem Nachbargrundstücke bestehen, ist der § 916 nicht berechnet. Die Beeinträchtigung, die ein solches Recht durch den Überbau erleiden kann, wird dadurch ausgeglichen, daß ihm das Rentenrecht des Eigentümers zugleich mit dem Grundstück unterworfen ist (§§ 96, 1107, 1126).

3. **Vorbehalte für die Landesgesetzgebung** im EG. Art. 57ff., insbesondere Art. 63, 68.

§. 917. Fehlt einem Grundstücke die zur ordnungsmäßigen Benutzung nothwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege, so kann der Eigenthümer von den Nachbarn verlangen, daß sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Die

---

§§ 917, 918.

1. **Das frühere Recht.** Während die römischen Quellen das Recht auf einen **Notweg** nur in dem Falle kennen, in welchem der Zugang zu einer Begräbnisstelle fehlt (l. 12 pr. D. de rel. 11, 7), hat die gemeinrechtliche Praxis dieses Recht dahin ausgedehnt, daß der Eigentümer eines von der öffentlichen Straße abgesperrten Grundstücks die Bestellung einer Wegegerechtigkeit von dem Eigentümer eines jeden dazwischen liegenden Grundstücks verlangen kann (Windscheid § 212 Ziff. 4). Über die neueren Gesetzgebungen s. M. III S. 290 ff.

Der Notweg wurde nach der gemeinrechtlichen Praxis, der sich das preuß. ALR. angeschlossen zu haben scheint, von dem Richter bestellt, so daß dieser eine Art privatrechtlicher Enteignung vornahm; daneben machte sich aber auch die Auffassung geltend, daß die Gestattung des Notwegs auf einer gesetzlichen Obligation der Nachbarn beruhe. Nach dem französischen und wohl auch nach dem sächsischen Gesetzbuch entstand das Recht des Notwegs und die ihm entsprechende Pflicht, den Weg zu dulden, unmittelbar aus dem Gesetze, so daß die Gestattung des Notwegs als eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung anzusehen war und der Richter nur die Richtung und den Umfang des Weges sowie die Entschädigung des Pflichtigen zu bestimmen bezw. zu bemessen berufen sein konnte.

Darüber, ob die Entschädigung in Kapital oder in Rente zu leisten war, hatten die Gesetze, von dem preuß. ALR. abgesehen, keine ausdrückliche Vorschrift. Doch stand ihre Wortfassung der Entschädigung in Rente nicht entgegen.

Der Notweg wurde in der Regel versagt, wenn der Eigentümer, der eines solchen bedurfte, das Bedürfnis durch eine willkürliche Handlung geschaffen hatte; nur der code civil entbehrt eines bezüglichen Ausspruchs.

2. Bei dieser Lage des bisherigen Rechtes konnte die **Reichsgesetzgebung** nicht daran denken, das Institut des Notwegs zu unterdrücken. Die wirtschaftliche Rücksicht auf die Erhaltung wertvoller Vermögensgegenstände machte sich hier in gleicher Weise geltend wie im Falle des Überbaues. Die Analogie dieses Falles liegt überhaupt so nahe, daß das Recht des Notwegs im BGB. wesentlich ebenso wie das Recht des Überbaues geregelt werden mußte. Demgemäß ist die Regelung in dem § 917 erfolgt. Der § 918 behandelt die besonderen Fälle, in welchen die Verbindung eines Grundstücks mit einem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers, namentlich durch die Veräußerung eines Grundstückteils oder eines von mehreren Grundstücken desselben Eigentümers, aufgehoben wird.

Die **Landesgesetze** können nach dem EG. Art. 123 das Recht des Notwegs auch zum Zwecke der Verbindung eines Grundstücks mit einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn gewähren.

3. **Übergangsvorschriften.** Die §§ 917, 918 kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Voraussetzungen, an welche sie das Recht des Notwegs knüpfen, schon vor dem Inkrafttreten des BGB. eingetreten waren, der Weg selbst aber einem bestimmten Nachbarn gegenüber erst nach diesem Zeitpunkt in Anspruch genommen wird (EG. Art. 181 Abs. 1). Der Grund ist, daß ein fertiges Recht noch nicht vorgelegen hat, als das neue Recht Gesetzkraft erlangte. Die abweichende Ansicht von Maenner § 22 Note 76 S. 128, daß der Zeitpunkt entscheiden müsse, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen sei, trifft nicht zu, weil das Recht des Notwegs in das Grundbuch nicht eingetragen wird.

§. 917.

E. I § 863; II § 830 rev. § 902; III § 901. P. I S. 3850 ff., 6212, 6217; M. III S. 289 ff. P. II Bd. 3 S. 149–156. D. S. 662. RB. S. 1999.

1. **Das Recht auf den Notweg setzt voraus,** daß dem Grundstücke desjenigen, welcher es in Anspruch nimmt, die erforderliche Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt. Die Frage, ob der Weg, mit welchem die Verbindung hergestellt werden soll, ein öffentlicher ist, bestimmt sich beim Mangel reichsgesetzlicher Vorschriften nach den Landesgesetzen (EG. Art. 2, 3, 32, 55). Im übrigen ist die Voraussetzung, von welcher das Recht auf den Notweg nach § 917 Abs. 1

Richtung des Nothwegs und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichen Falles durch Urtheil bestimmt.

Die Nachbarn, über deren Grundstücke der Nothweg führt, sind durch eine Geldrente zu entschädigen. Die Vorschriften des §. 912 Abs. 2 Satz 2 und der §§. 913, 914, 916 finden entsprechende Anwendung.

Satz 1 abhängt, stets gegeben, wenn der Zugang zu dem Grundstücke durch andere Grundstücke vollständig abgeschnitten ist. Diesem Falle wird aber der Fall gleichgestellt, in welchem eine vorhandene Verbindung nicht ausreicht, um eine ordnungsmäßige Benutzung des Grundstücks zu ermöglichen. Darauf, ob die Benutzung, zu deren Ausführung der Notweg begehrt wird, von der bisherigen Benutzung abweicht, kommt es nicht an; die Änderung darf nur nicht eine Benutzungsart bezwecken, zu der das Grundstück seiner Natur nach nicht bestimmt ist, auch nicht als eine willkürliche Handlung im Sinne des § 918 sich darstellen (P. II Bd. 3 S. 152f.; vgl. Kretzschmar II S. 43). Wenn Biermann S. 114 ferner dem Fehlen einer ordnungsmäßigen Verbindung den Fall gleichstellen will, daß die Verbindung nur durch unverhältnismäßig kostspielige Anlagen hergestellt werden kann, so dürfte dies in dieser Allgemeinheit bedenklich sein.

Wegen Fehlens des Bedürfnisses ist der Anspruch auf den Notweg zu versagen, solange dem Eigentümer gegen einen anderen Nachbar ein Anspruch auf Bestellung einer ausreichenden Wegegerechtigkeit (Dernburg III § 84 Ziff. II 1 S. 239) oder auch nur ein obligatorischer Anspruch auf Gestattung der Benutzung des Grundstücks zur Herstellung der erforderlichen Verbindung zusteht.

Der Wegebedürftige hat nicht, wie in dem analogen Falle des § 912 Abs. 1, zur Begründung des Rechtes auf den Notweg zu beweisen, daß er die Notlage weder vorsätzlich noch grobfahrlässig hervorgerufen habe (vgl. § 918).

2. Die Rechtsnormen, welche der § 917 an seine Voraussetzung knüpft, betreffen einerseits die Pflicht zur Duldung des Notwegs, andererseits die Entschädigung der Pflichtigen.

a) Die Duldungspflicht liegt den Eigentümern derjenigen Grundstücke ob, durch welche das Grundstück des Berechtigten von dem öffentlichen Wege getrennt wird.

α) **Rechtliche Natur.** Die Fassung des Abs. 1 Satz 1 darf nicht dazu verleiten, das Rechtsverhältnis als ein nur obligatorisches zu betrachten. Die Pflicht, die Benutzung der Grundstücke zur Herstellung der Verbindung bis zur Hebung des Mangels sich gefallen zu lassen, ruht auf dem Eigentum, und zwar in dem Sinne, daß dieses durch das Wegebedürfnis, an welchem das Grundstück des Berechtigten leidet, inhaltlich beschränkt ist. Es handelt sich also um eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung, die ähnlich wie eine Grunddienstbarkeit das Grundstück des Pflichtigen belastet, während das entsprechende Recht sich mit dem Eigentum an dem Grundstücke des Berechtigten verbindet. Die juristische Konstruktion ist hier dieselbe wie für das Recht des Überbaues (s. oben S. 181 Vorbm. 3).

Die Stellung des Berechtigten aber ist tatsächlich eine andere. Denn während derjenige, welcher über die Grenze gebaut hat, mit dem Überbaue zugleich die von demselben bedeckte Fläche besitzt und folglich dem Eigentümer dieser Fläche gegenüber sich in der Verteidigungslage befindet, erlangt der Eigentümer des wegebedürftigen Grundstücks dadurch, daß die Voraussetzungen seines Rechtes nach § 917 Abs. 1 Satz 1 eingetreten sind, noch keinen Weg, auch nicht ein besitzähnliches Verhältnis, durch welches er in die Lage käme, die Grundstücke der Nachbarn zur Herstellung der Verbindung mit einem öffentlichen Wege zu benutzen. Er muß also, um sein Ziel zu erreichen, angriffsweise vorgehen, d. h. den Notweg in Anspruch nehmen (s. S. 189 Erl. b *α*), und zwar erforderlichen Falles mittels Klage.

β) Diese **Klage** steht nur dem Eigentümer, jedem Miteigentümer (§ 1011, a. M. Turnau-Förster I S. 319 Erl. I a. E.) und dem Erbbauberechtigten (§ 1017) des wegebedürftigen Grundstücks zu (s. auch EG. Art. 63, 68). Sie ist gegen die Nachbarn, d. s. die Eigentümer der betreffenden Grundstücke, falls eines von ihnen im Miteigentume steht, gegen alle Miteigentümer, aber nicht etwa gegen bloße Besitzer, Nießbraucher ꝛc. zu richten (Seuff. A. 56 Nr. 150); vgl. aber Erl. *δ*. Der Anspruch geht nach § 917 Abs. 1 darauf, daß die Nachbarn nicht bloß im allgemeinen die Benutzung ihrer Grundstücke zu dem angegebenen Zwecke dulden, sondern zugleich die Feststellung der Richtung und des Umfanges der Benutzung des Weges sich gefallen lassen (s. Erl. *γ* Abs. 2).

Die Entscheidung über die Klage ist nicht konstitutiver Natur. Die Worte des zweiten Satzes sind nicht so zu verstehen, daß erst das Urteil einen bestimmten Weg und den Umfang des Benutzungsrechts schaffe. Vielmehr ergibt sich schon aus dem ersten Satze, welche Richtung der Weg zu nehmen hat und in welchem Umfang er benutzt werden darf; durch das Urteil wird dies unter Anwendung der Vorschrift auf den konkreten Sachverhalt nur festgestellt (M. III S. 292).

γ) **Zuständig** für die Entscheidung sind nach dem GVG. § 13 die ordentlichen Gerichte. Der E. I stellte dies durch die Fassung seines § 863 Satz 2 erkennbar fest. Der E. II änderte die Fassung, indem er nicht mehr „von dem Gerichte" sprach, sondern sich darauf beschränkte, in seinem Abs. 1 Satz 2 auf das „Urteil" zu verweisen. Man wollte aus praktischen Rücksichten der Landesgesetzgebung gestatten, die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über Rechtsverhältnisse des Nachbarrechts den sog. Agrargerichten als Sondergerichten zu übertragen (P. II Bd. 3 S. 154f.). Die deshalb beschlossene Erweiterung der Vorschrift des GVG. § 14 Nr. 2 (P. II Bd. 6 S. 568) wurde indessen vom Reichstage bei der Beratung des Gesetzentwurfs, betr. Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes 2c., abgelehnt (Struckmann und Koch, CPO. II S. 496 Erl. 2). Die der Landesgesetzgebung nach GVG. § 13 zustehende Befugnis, bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vor Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zu verweisen, ist bestehen geblieben.

Die naheliegende Frage, ob das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten mit seiner Verhandlungsmaxime auch in solchen Fällen, in welchen für die Richtung des Weges die Grundstücke verschiedener Eigentümer in Betracht kommen, stets eine objektiv befriedigende Entscheidung verbürgt, muß hier unerörtert bleiben. Nur auf folgenden Punkt mag hingewiesen werden: Der Berechtigte kann zwar verlangen, daß die Nachbarn die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der Verbindung dulden. Er ist aber nicht befugt, die Richtung des Weges und damit in den bezeichneten Fällen die Grundstücke zu bestimmen, die belastet werden sollen. Vielmehr ist diese Bestimmung Sache des Gerichts. Findet nun das Gericht, daß der Notweg in Gemäßheit des § 917 Abs. 1 Satz 1 über ein Grundstück gelegt werden muß, dessen Eigentümer nicht mitverklagt ist, so kann es, weil sein Urteil gegen diesen nicht wirkt, endgültig und erschöpfend nicht entscheiden. Der Berechtigte muß daher, wenn er die Gefahr wiederholter Prozesse vermeiden will, von vornherein seine Klage gegen die Eigentümer sämtlicher Grundstücke richten, deren Benutzung für die Herstellung der Verbindung mit dem öffentlichen Wege möglich ist, setzt sich dadurch aber freilich der Gefahr aus, daß seine Klage gegen einen oder mehrere der Beklagten abgewiesen wird (vgl. Koch Landrecht I 22 § 3 Note 7, Bd. 2 [7. Aufl.] S. 1052f. Abw. Dernburg III S. 240 § 84 Ziff. 3).

δ) Wird der Notweg über ein Grundstück geführt, das mit einem **Erbbaurecht** oder einer **Dienstbarkeit** belastet ist, so trifft die Duldungspflicht des Eigentümers auch denjenigen, welchem das Recht zusteht (§ 916, § 917 Abs. 2 Satz 2, § 1017; vgl. auch EG. Art. 63, 68, 196). Dingliche Rechte anderer Art sind nicht beteiligt; sie können sich gegebenenfalls an die Entschädigung halten, welche der Wegeberechtigte für die Duldung des Weges zu entrichten hat.

ε) **Ein Besitzschutz**, wie er den eingetragenen Grunddienstbarkeiten durch den § 1029 gewährt wird, ist mit dem Notwege nicht verbunden, da dieser von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen ist. Eine Klage kann daher, wenn der Berechtigte in der Ausübung des Rechtes gestört oder an der Benutzung des Weges gehindert wird, nur auf das Recht selbst gegründet werden. Selbstschutz findet nur in den Grenzen der §§ 227ff. statt.

ζ) **Das Recht auf den Notweg erlischt** nach § 917 Abs. 1 Satz 1, wenn für das Grundstück des Berechtigten das Wegebedürfnis wegfällt. Hierzu genügt es, daß der Eigentümer (z. B. durch Vereinigung mehrerer Grundstücke in einer Hand) in die Lage versetzt wird, über eigenen Grund und Boden an einen öffentlichen Weg zu gelangen (Rspr. 2 S. 506). Solange das Bedürfnis besteht, hat es die Wirkung, das zu seiner Befriedigung erforderliche Recht stets neu zu erzeugen. Die **Verjährung** der Ansprüche, welche aus dem Rechte nach Abs. 1 hervorgehen, ist deshalb durch die Vorschrift des § 924 ausgeschlossen.

b) Die Entschädigung der Nachbarn, über deren Grundstücke der Notweg führt, erfolgt in Gemäßheit des Abs. 2 Satz 1 ebenso wie im Falle des Überbaues durch eine Geldrente. Das Rechtsverhältnis bestimmt sich daher nach den für die Überbaurente maßgebenden Normen. Die entsprechende Anwendung derselben, die Satz 2 vorschreibt, hat wenig Besonderheiten.

α) Dem Zeitpunkte der Grenzüberschreitung, der für die Höhe der Überbaurente nach § 912 Abs. 2 Satz 2 entscheidend ist, entspricht nach dem P. II Bd. 3 S. 156 hier der Zeitpunkt, „in welchem der Wegebedürftige den Notweg in Anspruch nimmt". Denn in beiden Fällen

§. 918. Die Verpflichtung zur Duldung des Nothwegs tritt nicht ein, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung des Eigenthümers aufgehoben wird.

Wird in Folge der Veräußerung eines Theiles des Grundstücks der veräußerte oder der zurückbehaltene Theil von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege abgeschnitten, so hat der Eigenthümer desjenigen Theiles, über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat, den Nothweg zu dulden. Der Veräußerung eines Theiles steht die Veräußerung eines von mehreren demselben Eigenthümer gehörenden Grundstücken gleich.

---

kommt es „auf den Zeitpunkt an, mit welchem aus der dem Nachbar auferlegten Duldungspflicht diesem ein Schaden entsteht". Hiermit ist jedoch nicht gemeint, daß der Nachbar die Rente erst von da ab fordern könnte, wo er den ersten Schaden erleidet. Vielmehr ist der Gedanke der, daß die Rentenpflicht des Wegeberechtigten zugleich mit der Duldungspflicht des Nachbarn beginnt, und dieser Zeitpunkt ist für die Schätzung der Nachteile maßgebend, welche der Nachbar alljährlich dadurch erleidet, daß er die für den Weg verwendete Fläche nicht mehr ausschließlich benutzen kann. Die Geldsumme, auf welche diese Nachteile geschätzt und festgestellt werden, bildet die Jahresrente.

Die Feststellung der Rente erfolgt für jeden Beteiligten endgültig und unabhängig von einem etwaigen Steigen und Fallen des Wertes der Grundstücke. Wenn freilich das Wegebedürfnis sich vermindert oder sich steigert, so kann eine Herabsetzung bezw. Erhöhung der Jahresrente verlangt werden. Allein hierin liegt keine Abweichung von dem Prinzipe, da auch die Duldungspflicht in jenem Falle teilweise erlischt, in diesem sich erweitert. Das Verhältnis liegt hier ebenso, wie wenn ein Überbau teilweise beseitigt oder erweitert wird.

β) Der **§ 913** ist hier in der Weise anzuwenden, daß die Rente für den Notweg dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks, über welches der Weg führt, in der demselben gebührenden Höhe jährlich im voraus von dem jeweiligen Eigentümer des rentenpflichtigen Grundstücks zu entrichten ist.

γ) Die Vorschrift des **§ 914** Abs. 1 Satz 2 hat für die Notwegrente die Bedeutung, daß das Recht auf die Rente mit dem Wegfalle der Duldungspflicht des Berechtigten erlischt. Im übrigen paßt der Wortlaut des § 914 auch hier, so daß seine Anwendung auf die Notwegrente keiner Erläuterung bedarf.

δ) Die Anwendung des **§ 915** auf den Fall des Notwegs ist nicht vorgeschrieben, weil es weder zweckmäßig noch billig sein würde, den Wegebedürftigen ohne Rücksicht auf die Dauer und den Umfang des Bedürfnisses zu nötigen, für eine verhältnismäßig hohe Summe sich eine Grunddienstbarkeit bestellen zu lassen oder gar das Eigentum an dem für den Weg erforderlichen Grund und Boden zu erwerben (vgl. M. III S. 292 f.).

ε) Führt der Notweg über ein Grundstück, das mit einem **Erbbaurecht** oder einer **Dienstbarkeit** belastet ist, so hat ihn der Berechtigte ebenso zu dulden wie der Eigentümer, ist aber auch, wenn er hierdurch beeinträchtigt wird, nach Maßgabe der §§ 912—914 durch Rente zu entschädigen. In diesem Sinne ist die Vorschrift des § 916 auch auf den Fall des Notwegs anzuwenden.

§ 918.

E. I § 863 Satz 1; II § 831 rev. § 903; III § 902. P. I S. 3851 ff.; M. III S. 291. P. II Bd. 3 S. 149 ff. D. S. 663.

1. Aufhebung der bisherigen Verbindung durch willkürliche Handlung. Das öffentliche Interesse an der Benutzung der Grundstücke geht nicht soweit, daß ein Nachbar die Benutzung seines Grundstücks zur Herstellung der Verbindung eines anderen mit einem öffentlichen Wege auch dann gestatten müßte, wenn der Eigentümer selbst die bisherige Verbindung durch eine willkürliche Handlung, z. B. durch den Abbruch einer Brücke, die Aufführung einer Mauer oder den Verzicht auf eine Wegedienstbarkeit an dem Grundstück eines Dritten, aufgehoben hat (vgl. auch S. 188 Erl. 1 zu § 917). In einem solchen Falle überwiegt die Rücksicht auf das Interesse, welches nicht bloß der Nachbar, sondern weite Volkskreise an der Unbeschränktheit des Eigentums haben. Der E. I suchte die einander widerstreitenden Interessen dadurch auszugleichen, daß er das Recht des Notwegs überhaupt nur gewährt, wenn der Wegebedürftige weder vor-

§. 919. Der Eigenthümer eines Grundstücks kann von dem Eigenthümer eines Nachbargrundstücks verlangen, daß dieser zur Errichtung fester Grenzzeichen

---

sätzlich noch fahrlässig die Notlage geschaffen hätte. Dies würde allerdings der Behandlung des Überbaues in dem § 912 Abs. 1 entsprochen haben, dem abweichenden Tatbestande beim Notweg aber schwerlich gerecht geworden sein. Die zweite Kommission sah deshalb davon ab, das Recht des Notwegs von dem Mangel eines Verschuldens des Wegebedürftigen abhängig zu machen. Dagegen hat sie zum Schutze des berechtigten Interesses der Nachbarn die Bestimmung eingestellt, welche das Gesetzbuch unter § 918 Abs. 1 aufweist. Nach derselben liegt der Beweis, daß die Verbindung mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers beseitigt worden sei, dem Nachbarn ob.

Dem Falle der willkürlichen Aufhebung einer bereits bestehenden Verbindung wird der Fall der willkürlichen Beseitigung der Möglichkeit eine Verbindung herzustellen, z. B. durch Verzicht auf einen Anspruch auf Einräumung einer ausreichenden Wegegerechtigkeit, gleichzustellen sein (vgl. S. 188 Erl. 1 zu § 917).

Die willkürliche Aufhebung muß durch den Eigentümer erfolgt sein. Durch sie wird nicht nur für den Handelnden selbst und dessen Gesamtnachfolger, sondern für jeden späteren Eigentümer der Anspruch auf den Notweg beseitigt.

2. Zu den willkürlichen Handlungen im Sinne des Abs. 1 gehört auch die **Veräußerung eines Teiles des Grundstücks.** Der Fall hat aber die Besonderheit, daß, wenn infolge der Veräußerung der veräußerte oder der zurückbehaltene Teil von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege abgeschnitten wird, die Verpflichtung zur Duldung eines Notwegs nach Abs. 2 Satz 1 dem Eigentümer desjenigen Teiles obliegt, welcher bisher die Verbindung vermittelte. Für die Fälle, in welchen die Parteien bei der Veräußerung sich der durch dieselbe entstehenden Notlage bewußt waren, wird dies in der Regel ihrem Willen entsprechen. Es muß aber auch in den übrigen Fällen gelten, weil der Grund, welcher die Ausschließung der nachbarlichen Duldungspflicht durch den Abs. 1 rechtfertigt, weder für den Veräußerer noch für den Erwerber zutrifft. Die in der zweiten Kommission laut P. II Bd. 3 S. 153 f. erörterte, jedoch nicht entschiedene Frage, wie es im Falle des vertragsmäßigen Verzichts auf den Notweg zu halten ist, wird dahin zu beantworten sein, daß der Verzichtende zwar durch einen solchen Vertrag obligatorisch gebunden wird, daß aber die übrigen Nachbarn trotz des Verzichts sich auf den Abs. 1 berufen können und daß eine dingliche Wirkung dem Verzicht auch für die Vertragschließenden von dem Gesetze nicht beigelegt ist. Die Frage ist übrigens von sehr geringer praktischer Bedeutung.

Die Vorschrift des Abs. 2 Satz 2 bedarf keiner Erläuterung.

Die Verjährung der Ansprüche aus Abs. 2 ist ebenso wie die der Ansprüche aus § 917 Abs. 1 durch § 924 ausgeschlossen.

§§ 919—923.

Die Bestimmungen über die **Grenze**, welche in den §§ 919—923 gegeben werden, verpflichten den einen Nachbar gegenüber dem anderen, etwas zu tun oder zu unterlassen, was er auf sein Eigentum gestützt mindestens teilweise ablehnen könnte. Insofern handelt es sich hier um Eigentumsbeschränkungen. Man hätte die Regelung der Grenzverhältnisse vielleicht unterlassen können, so daß für dieselben lediglich die Konsequenzen aus dem Eigentum maßgebend wären. Alsdann aber hätte man endlosen Meinungsverschiedenheiten darüber, welche Konsequenzen für das Grenzverhältnis aus den §§ 903 ff. zu ziehen sind, Raum gegeben und das Nachbarverhältnis auf eine ganz unsichere Grundlage gestellt. Das BGB. hat deshalb die wichtigsten Punkte, die hier in Frage kommen, nach dem Vorgange moderner Kodifikationen besonders geordnet, und zwar das Recht auf Beurkundung der Grenze durch äußere Zeichen (Abmarkung) in dem § 919, die Ermittelung der Grenze im Falle der Grenzverwirrung in dem § 920, das Rechtsverhältnis bezüglich einer Grenzeinrichtung in den §§ 921, 922 und hinsichtlich eines Grenzbaums in dem § 923.

§ 919.

E. I § 851; II § 832 rev. § 904; III § 903. P. I S. 3795 ff.; M. III S. 268 ff. P. II Bd. 3 S. 125 f.

Rönnberg, Die Grenzscheidungsklage nach röm. und gem. Recht sowie nach den Entwürfen eines BGB., im Arch. f. Bürg. R. 11 S. 119, 251, insbesondere S. 272 ff.; Hoeniger, Die Grenzstreitigkeiten nach deutschem bürgerlichen Rechte, 1901, insbesondere S. 44 ff.

und, wenn ein Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden ist, zur Wiederherstellung mitwirkt.

Die Art der Abmarkung und das Verfahren bestimmen sich nach den Landesgesetzen; enthalten diese keine Vorschriften, so entscheidet die Ortsüblichkeit.

Die Kosten der Abmarkung sind von den Betheiligten zu gleichen Theilen zu tragen, sofern nicht aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein Anderes ergiebt.

---

1. **Zweck der Vorschrift.** Die Grenze zwischen zwei Grundstücken wird durch eine mathematische Linie bestimmt. Diese Linie ist, wenn sie nicht äußerlich in zweckentsprechender Weise markiert (beurkundet) wird, der Gefahr einer Verdunkelung ausgesetzt. Die Eigentümer aber haben ein gleiches rechtliches Interesse daran, daß dieser Gefahr vorgebeugt und Grenzstreitigkeiten möglichst vermieden werden. Der § 919 Abs. 1 gibt deshalb, im Anschluß an das bisherige Recht (preuß. ALR. I 17 § 383, code civil Art. 646, sächs. BGB. § 364) jedem der Eigentümer gegen den anderen den **Anspruch auf Mitwirkung zur Errichtung bezw. Wiederherstellung fester Grenzzeichen.**

2. **Der Anspruch ist privatrechtlicher und zwar dinglicher Natur,** obschon er sich in obligationenrechtlichen Beziehungen betätigt; er fließt ebenso wie die ihm entsprechende Verpflichtung aus dem Eigentume (a. M. Rönnberg a. a. O. S. 273). Hieraus folgt einerseits, daß die in dem öffentlichen Rechte eines Bundesstaats sich gründende und im Verwaltungsweg erzwingbare Abmarkungspflicht unberührt bleibt, andererseits, daß Vereinbarungen über die privatrechtliche Verpflichtung nur obligatorisch zu wirken vermögen. Aus der privatrechtlichen Natur des Anspruchs ist ferner zu folgern, daß derselbe kraft Reichsrechts klagbar ist. Die Landesgesetze können hieran nichts ändern, denn die Vorschrift des Abs. 2 betrifft nur das Verfahren bei der Abmarkung, nicht das prozessuale Verfahren (s. Hoeniger a. a. O. S. 45). Die Zuständigkeit zur Entscheidung des Abmarkungsprozesses kann jedoch gemäß § 13 des GVG. landesrechtlich Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten übertragen werden (s. Staudinger III S. 148 Erl. I 3).

3. **Aktiv- und Passivlegitimation.** Der Anspruch aus § 919 kann nur von dem Eigentümer, eventuell jedem einzelnen Miteigentümer des einen Grundstücks und nur gegen den Eigentümer bezw. alle Miteigentümer des anderen Grundstücks erhoben werden. Ist das eine oder das andere Grundstück mit einem Erbbaurecht oder mit einem der durch das EG. Art. 63, 68 der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Nutzungsrechte belastet, so erscheint aktiv und passiv auch derjenige legitimiert, welchem das Recht zusteht (§ 1017; a. M. Kretzschmar II S. 21 f., 236). Einzelheiten bei Hoeniger a. a. O. S. 55 ff.

4. **Voraussetzung** des Anspruchs ist, daß feste Grenzzeichen nicht vorhanden sind oder daß ein vorhandenes Zeichen verrückt worden oder unkenntlich geworden ist. Außerdem ist erforderlich, daß die Grenze, welche abgemarkt werden soll, von beiden Nachbarn als richtig anerkannt ist. Fehlt das Anerkenntnis, so muß sie erst nach § 920 ermittelt werden (s. Hoeniger a. a. O. S. 52 f.; a. M. Rönnberg a. a. O. S. 274). Jedoch ist auch die Verbindung der Abmarkungsklage mit der Klage aus § 920 zulässig (s. Hoeniger a. a. O. S. 64 ff. gegen Rönnberg S. 275).

5. **Der Inhalt des Anspruchs** wird durch den Abs. 1 des § 919 nur im allgemeinen bestimmt: der Eigentümer kann verlangen, daß feste Grenzzeichen errichtet und, wenn die vorhandenen Zeichen verrückt worden oder unkenntlich gemacht worden sind, wieder hergestellt werden. Unter festen Grenzzeichen sind nach den M. III S. 269 solche zu verstehen, welche dem Zwecke der Abmarkung entsprechend „in der Zukunft fortdauernd geeignet bleiben, die erfolgte Anerkennung des Grenzzugs durch die Nachbarn zu beweisen". Das bewiesene Anerkenntnis gilt hier als außergerichtliches Geständnis, dessen Beweiskraft im Streitfalle nach der CPO. § 286 der freien Beweiswürdigung des Richters unterliegt.

Die Art der Abmarkung und das Verfahren bei derselben bleibt nach § 919 Abs. 2 Halbs. 1 der Regelung durch die Landesgesetzgebung überlassen. Beide Kommissionen haben von der Aufstellung bezüglicher Normen abgesehen, weil sie sich sagten, daß eine für alle Gegenden Deutschlands passende Gestaltung nicht möglich wäre. Es handelt sich hier in der Tat um die Befriedigung lokaler Bedürfnisse, bei welcher das Herkommen eine berechtigte Rolle spielt. Auf dieser Erwägung beruht auch die Vorschrift des Abs. 2 Halbs. 2, nach welcher da, wo es an

§. 920. Läßt sich im Falle einer Grenzverwirrung die richtige Grenze nicht ermitteln, so ist für die Abgrenzung der Besitzstand maßgebend. Kann der Besitz-

gesetzlichen Bestimmungen über die Art der Abmarkung und das Verfahren fehlt, die Ortsüblichkeit maßgebend sein soll. Die Bildung gewohnheitsrechtlicher Normen ist nicht erforderlich; das Gewohnheitsrecht fällt nach dem EG. Art. 2 unter den Begriff des Gesetzes.

Die Parteien können behufs Beurkundung der Abmarkung die Mitwirkung der Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Anspruch nehmen. In Preußen sind nach dem preuß. FGG. Art. 31 Abs. 1 die Amtsgerichte und die Notare zuständig.

Von den landesrechtlichen Vorschriften hängt es insbesondere ab, in welcher Art jeder Nachbar bei dem Abmarkungsverfahren mitzuwirken hat, ob z. B. die Parteien selbst die Abmarkung vornehmen können oder ob diese auf Antrag durch einen Beamten oder eine Behörde erfolgt und ob dieser Antrag von jedem einzelnen Nachbarn oder nur von allen gemeinsam gestellt werden kann 2c. Deshalb lassen sich auch die Fragen nicht allgemein beantworten, wie der Klagantrag und die Entscheidung im Abmarkungsprozesse zu fassen und wie das Urteil zu vollstrecken ist. In letzterer Hinsicht können nicht nur der § 887 der CPO., den Hoeniger a. a. O. S. 80 ff., Biermann S. 117 und Staudinger III S. 148 Erl. I 6 allein anführen, und der § 888, den Kretzschmar II S. 22 für anwendbar erklärt, sondern auch die §§ 890 und 894 in Betracht kommen. Bezüglich der landesrechtlichen Bestimmungen vgl. Preußen Art. 89 Nr. 1, ALR. I 17 §§ 362—371; bayer. Abmarkungsgesf. v. 30. Juni 1900 (s. Meisner a. a. O. S. 10 ff.); Hessen Art. 90; im übrigen die Zusammenstellung bei Hoeniger a. a. O. S. 83 Anm. 13.

6. **Relative Wirkung der Abmarkung.** Die Abmarkung wirkt als ein gemeinschaftliches Geschäft der Nachbarn nur für und gegen diese. Dingliche Rechte Dritter, welche nicht zugezogen sind, bleiben von ihr unberührt. Doch wird bei dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung eine im geordneten Verfahren bewirkte Abmarkung auch in einem Grenzstreite, bei dem ein Dritter Partei ist, nicht selten genügen oder doch erheblich dazu beitragen, das Gericht zu überzeugen, daß die der Abmarkung zu Grunde gelegte Grenze die richtige ist.

7. **Ein Verzicht** auf den Abmarkungsanspruch hat keine dingliche Wirkung, weil er das Grundstück des Verzichtenden dinglich belasten würde, eine solche Belastung aber nur zulässig ist, wenn das Gesetz sie ausdrücklich gestattet. Dagegen kann der Berechtigte mit nur obligatorischer Wirkung, namentlich auf Zeit, nach § 397 verzichten (P. II Bd. 3 S. 125 f.; a. M. in letzterer Hinsicht Hoeniger a. a. O. S. 67 f. und in ersterer Rönnberg a. a. O. S. 274).

Der **Verjährung** ist der Anspruch durch den § 924 „im öffentlichen Interesse und zur Wahrung des Rechtsfriedens" entzogen (P. II Bd. 3 S. 129).

8. **Die Kosten der Abmarkung** sind, weil diese ein Geschäft im gemeinschaftlichen Interesse der Nachbarn ist, von denselben nach Abs. 3 zu gleichen Teilen zu tragen. Dies ist, wenn ein Grundstück in dem nämlichen Verfahren gegen die Grundstücke verschiedener Eigentümer abgemarkt wird, so zu verstehen, daß jedem der letzteren die Hälfte derjenigen Kosten zur Last fällt, welche durch die Feststellung der Grenze zwischen seinem Grundstück und dem angrenzenden Grundstück entstehen (P. II Bd. 3 S. 126). Ergibt sich aus einem Vertrag oder als Folge einer unerlaubten Handlung eine andere Regelung der Kostenlast, so ist diese maßgebend.

Hat ein Nachbar die ganzen Kosten oder einen größeren als den nach Abs. 1 von ihm zu tragenden Teil bestritten und steht ihm deswegen ein Erstattungsanspruch gegen den anderen Nachbar zu, so ist die Verjährung dieses Anspruchs nicht ausgeschlossen. Die Vorschrift des § 924 bezieht sich in Ansehung des § 919 nur auf die aus demselben sich ergebenden Ansprüche, mithin nicht auf den Erstattungsanspruch, da dieser seinen besonderen Rechtsgrund darin hat, daß eine Schuld des Verpflichteten von dem Berechtigten getilgt worden ist.

Auf die Kosten des Abmarkungsprozesses findet nicht § 919 Abs. 3, sondern die CPO. §§ 91 ff. Anwendung.

§ 920.

E. I § 852; II § 833 rev. § 905; III § 904. M. I S. 3800 ff.; M. III S. 270 ff. P. II Bd. 3 S. 126 f.

Rönnberg a. (S. 191) a. O., insbesondere S. 275 ff.; Hoeniger a. (S. 191) a. O., insbesondere S. 85 ff.

1. **Die Grenzberichtigungsklage im allgemeinen.** Ist die Linie, durch welche zwei Grundstücke von einander getrennt werden, zwischen den Nachbarn streitig, also subjektiv ungewiß, so

stand nicht festgestellt werden, so ist jedem der Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzutheilen.

Soweit eine diesen Vorschriften entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnisse führt, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke, nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht.

---

kann jeder von beiden gegen den anderen auf Ermittelung der Grenze klagbar werden. Die Klage hat an sich nichts besonderes. Ihr Rechtsgrund ist das Eigentum, weil der Kläger sich darauf stützt, daß das Land bis zu der von ihm bezeichneten Linie Teil seines Grundstücks sei, dasjenige Stück mithin, welches vor dieser, aber hinter der vom Beklagten angegebenen Grenzlinie belegen ist, als sein Eigentum in Anspruch nimmt (Meisner a. a. O. S. 25 f.; abw. Rönnberg a. a. O. S. 275 ff.). Von der Eigentumsklage im Sinne der §§ 985, 1004 weicht freilich die Grenzklage darin ab, daß eine ausdrückliche Entscheidung nicht über das Eigentum an dem streitigen Stücke, sondern über die Linie begehrt wird, die die beiden Grundstücke von einander trennt. Allein auch diese Entscheidung kann nur aus dem Eigentume geschöpft werden. Der Grund der Abweichung liegt darin, daß der Streitgegenstand nicht ein selbständiges Grundstück, sondern die Ausdehnung des dem Kläger gehörenden Grundstücks in der Richtung auf das Grundstück des Beklagten ist.

2. **Besonderheiten für den Fall der Grenzverwirrung.** Die Hauptbesonderheiten des Grenzstreits, auf welche der § 920 sich bezieht, betreffen die sog. Grenzverwirrung, d. h. den Fall, in welchem die wahre Grenze sich nicht ermitteln läßt. Das Gericht darf aus diesem Grunde die Klage nicht zurückweisen, sondern muß zur Wahrung oder Wiederherstellung des nachbarlichen Friedens die Sache positiv entscheiden, d. h. die Grenze zwischen den beiden Grundstücken bestimmen. Hierzu ist es aber nur imstande, wenn das Gesetz gewisse Normen aufstellt, welche eine sachliche Entscheidung ermöglichen.

a) Die erste Norm wird in dem Abs. 1 Satz 1 dahin gegeben, daß der **Besitzstand** für die Abgrenzung maßgebend ist. Der Besitzstand ist aber nicht notwendig der gegenwärtige. Besitzt eine Partei der anderen gegenüber fehlerhaft (§ 858), so ist der bisherige Besitz der letzteren maßgebend (vgl. M. III S. 271 f.; Meisner a. a. O. S. 22).

b) Läßt sich der Besitzstand nicht feststellen, so ist die Grenzlinie nach Satz 2 so zu ziehen, daß sie **die streitige Fläche halbiert** und jedem der beiden Grundstücke diejenige Hälfte zuteilt, welche als Fortsetzung desselben bis zur Grenze erscheint. Die Vorstellung eines Miteigentums der Nachbarn an der streitigen Fläche (sächs. BGB. § 365 Satz 1) ist abgelehnt.

c) **Die unter a und b bezeichneten Grundsätze erleiden durch den Abs. 2 eine wesentliche Einschränkung.** Soweit nämlich die Abgrenzung nach dem Besitzstand oder die Teilung zur Hälfte zu einem Ergebnisse führen würde, welches mit den ermittelten Umständen nicht übereinstimmt, sollen diese den Ausschlag geben; d. h. die Grenze soll so bestimmt werden, wie es unter Berücksichtigung der Umstände der Billigkeit entspricht (vgl. Sächs. Arch. 12 S. 51; Meisner a. a. O. S. 23 ff.). Ein Fall, den das Gesetz hervorhebt, ist die feststehende Größe der Grundstücke. Ist z. B. das Grundstück des Klägers 30 a, das des Beklagten aber 60 a groß, so kann die Grenzlinie billigerweise nicht nach dem Besitzstand oder durch Halbierung der streitigen Fläche bestimmt, sondern nur so gezogen werden, daß auf der Seite des Klägers 30 a, auf der Seite des Beklagten 60 a liegen. Durch die Verhandlungsmaxime der CPO. kann freilich dieses Ergebnis insofern sich ändern, als der Richter in seiner Gebundenheit an die Parteianträge die Grenze, wenn dieselbe nicht mit einer der von den Parteien angegebenen Linien zusammenfällt, nur innerhalb dieser Linien, d. h. nur durch das Streitstück, nicht neben dasselbe legen darf (a. M. Hoeniger a. a. O. S. 89).

Sind die aneinander grenzenden Grundstücke zusammen größer als die Summe des Flächeninhalts, den jede Partei ihrem Grundstücke zuschreibt, so wird es im Zweifel der Billigkeit entsprechen, die Grenzlinie so zu ziehen, daß von der überschießenden Fläche jedem der Grundstücke ein nach dem Größenverhältnisse derselben sich bemessendes Stück zugeteilt wird. In dem Beispielsfall also würden, wenn 9 a mehr vorhanden sind, für den Kläger 33 a gegen 66 a des Beklagten abzugrenzen sein.

3. **Aktiv- und Passivlegitimation.** Die Grenzscheidungsklage steht dem Eigentümer, im Falle des Miteigentums nach § 1011 auch dem einzelnen Miteigentümer, gegen den

Eigentümer oder die Miteigentümer des anderen Grundstücks zu. Wenn indessen jemand, der ein Recht an einem fremden Grundstücke erworben hat, z. B. ein Nießbraucher, es in seinem Interesse findet, den Gegenstand des Rechtes durch Ermittelung der Grenze feststellen zu lassen, so ist nicht abzusehen, weshalb ihm dieser Anspruch, der an sich aus der Dinglichkeit des Rechtes folgt, versagt sein sollte (a. M. Rönnberg a. a. O. S. 279 f.; Meisner a. a. O. S. 27; Hoeniger a. a. O. S. 96 f., Biermann S. 119 u. a.). Der Berechtigte würde sonst, wenn der Eigentümer sich passiv verhält, rechtlos sein oder doch nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten sein Recht verwirklichen können. Dernburg III S. 250 § 87 und Turnau-Förster I S. 323 Erl. 2 geben deshalb die Klage auf Ermittelung der Grenze jedem Realberechtigten, und auch Maenner § 22 Ziff. 13 S. 180 vertritt diese Auffassung, indem er unter Berufung auf die M. III S. 273 hervorhebt, daß die Anwendung des § 920 auf den Fall, wenn ein Realberechtigter die räumliche Erstreckung seines Rechtes im Wege der Grenzscheidungsklage verfolgt, durch den Wortlaut des Gesetzes vorgeschrieben ist. Biermann S. 118 hält freilich die Berufung auf die Motive für unzutreffend, weil er der Ansicht ist, daß die Klage, welche der E. I gewähren wollte, durch die Beschlüsse der zweiten Kommission einen ganz anderen Charakter erhalten habe. Diese Ansicht findet aber in den Materialien keine Bestätigung; namentlich kann daraus, daß in den P. II Bd. 3 S. 129 der Anspruch auf Ermittelung der Grenze der rei vindicatio gegenüber als ein selbständiger bezeichnet wird, nicht geschlossen werden, daß die zweite Kommission von der rechtlichen Natur des Anspruchs eine andere Vorstellung gehabt habe als die erste Kommission (vgl. Erl. 1).

Die Klage kann auch gegen einen anderen Realberechtigten als den Eigentümer gerichtet werden, z. B. gegen einen Nießbraucher. Dernburg a. a. O. hält zwar beim Mangel einer entsprechenden Bestimmung des BGB. nur den Eigentümer des Nachbargrundstücks für passiv legitimiert. Allein dies kann nicht zugegeben werden, weil die Gründe, welche für die Aktivlegitimation eines anderen dinglich Berechtigten sprechen, auch die Passivlegitimation desselben rechtfertigen (Maenner § 22 Note 84, Turnau-Förster a. a. O.; a. M. auch Rönnberg, Meisner und Hoeniger a. a. O., Biermann S. 119, Staudinger III S. 150 Erl. II 2 u. a.). Das Urteil wirkt natürlich nur für und gegen die Parteien, nicht auch für und gegen den nicht zugezogenen Eigentümer (CPO. § 325). Auch das zwischen den Eigentümern ergangene Urteil macht nur für und gegen die Parteien und deren Rechtsnachfolger, nicht für und gegen sonstige Realberechtigte Rechtskraft (a. M. Meisner a. a. O. S. 27, Turnau-Förster I S. 323, Kretzschmar II S. 23 sowie auf Grund der ihrer Meinung nach konstitutiven Wirkung des Urteils Biermann S. 119, Staudinger III S. 151, Hoeniger a. a. O. S. 105).

4. **Das Verfahren** hat keine Besonderheiten. Die CPO. enthält für die Grenzscheidungsklage nur eine Bestimmung, nämlich die des § 24 über die Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist. Im übrigen sind für den Rechtsstreit die allgemeinen Regeln maßgebend. Folgendes mag hervorgehoben werden:

a) **Inhalt des Klageantrags und des Urteils.** Die Klage aus § 920 führt nicht wie die römische actio finium regundorum zu einem iudicium duplex, wie Dernburg III § 87 S. 249 lehrt, wenigstens nicht in dem Sinne, daß der Prozeß mit einer Verurteilung des Klägers enden könnte. Zu einer Verurteilung bietet der Grenzstreit überhaupt keinen Anlaß. Das Gericht hat durch sein Urteil nur zu bestimmen, wie die Grenze zu ziehen ist (vgl. Hoeniger S. 88 ff., 100). Stellt es sie nicht gerade so fest, wie der Kläger verlangt, so muß dieser mit seinem weitergehenden Anspruch abgewiesen werden. Der Kläger braucht jedoch seine Klage nicht auf eine bestimmte Grenzlinie zu richten; der Antrag auf richterliche Festsetzung der Grenze genügt (. Hoeniger S. 92 f.; a. M. Meisner a. a. O. S. 26 f.).

Wird der Grenzanspruch mit dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe des streitigen Stückes bezw. auf Ersatz von Früchten rc. (§§ 985 ff.) in einer Klage verbunden, so finden die Vorschriften der CPO. § 145 Abs. 1, §§ 260, 300, 301 Anwendung.

b) **Das Urteil**, durch welches der Rechtsstreit entschieden wird, ist **deklarativer, nicht konstitutiver Natur** (a. M. Rönnberg a. a. O. S. 283, Hoeniger a. a. O. S. 90 ff., 103, Biermann S. 118, Staudinger III S. 151 u. a.). Der Prozeß ist nicht dazu da, neues Recht zu schaffen, sondern nur das vorhandene Recht zur Geltung zu bringen (M. I S. 369). Ist freilich die Entscheidung unrichtig, so nimmt sie der einen Partei, was sie der anderen gibt. Aber dies ist keine Besonderheit des Urteils, welches auf Grund des § 920 gefällt wird. Es erhellt nicht, daß das Gesetz hier eine Ausnahme von der Regel habe bestimmen wollen. Das

§. 921. Werden zwei Grundstücke durch einen Zwischenraum, Rain, Winkel, einen Graben, eine Mauer, Hecke, Planke oder eine andere Einrichtung, die zum Vortheile beider Grundstücke dient, von einander geschieden, so wird vermuthet, daß die Eigenthümer der Grundstücke zur Benutzung der Einrichtung gemeinschaftlich berechtigt seien, sofern nicht äußere Merkmale darauf hinweisen, daß die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört.

Gericht hat nicht eine neue Grenze zu ziehen, sondern die bestehende — aber streitige — Grenze nach der Direktive, die der § 920 enthält, zu ermitteln und durch sein Urteil festzusetzen.

5. Der **Verjährung** ist der Anspruch auf Ermittelung der Grenze durch den § 924 aus demselben Grunde entzogen wie der Anspruch auf Abmarkung (s. oben S. 193; P. II Bd. 3 S. 129).

§ 921.

E. I § 854 Abs. 1; II § 834 rev. § 906; III § 905. P. I S. 3806 ff.; M. III S. 274 ff. P. II Bd. 3 S. 129 ff.

Wolff, Die Grenzanlagen, Recht 1900 S. 447, 475; Strempel, Beitrag zur Lehre von den gemeinschaftlichen Grenzeinrichtungen nach dem gemeinen Rechte und dem BGB., in der Meckl. Z. f. Rechtspflege rc. 20 S. 131.

1. **Grund für die Aufnahme einer Vorschrift über Grenzeinrichtungen.** Die bisherigen Gesetze knüpfen an die häufig vorkommende Tatsache, daß auf der Grenze eine Einrichtung sich befindet, die zum Vorteile beider Grundstücke dient, ein Rechtsverhältnis, durch welches die Rechte der Nachbarn in Ansehung einer solchen Einrichtung geregelt werden. Auch das BGB. konnte sich der Regelung nicht entziehen, da es sich um Anlagen handelt, deren Ursprung meist in der Vergangenheit weit zurückliegt und deshalb sich nicht mehr aufklären läßt, die aber gerade durch ihr langes Bestehen den Beweis liefern, daß sie den wirtschaftlichen Bedürfnissen der beiden Grundstücke entsprechen. Wären diese Verhältnisse in dem Gesetzbuche mit Stillschweigen übergangen, so würde ihr Fortbestand in zahlreichen Fällen gefährdet, mindestens eine Quelle von unerquicklichen, den nachbarlichen Frieden störenden Prozessen sein.

2. **Inhalt der Rechtsnorm.** Anders als das frühere Recht (s. M. III S. 274) erkennt das BGB. an den Grenzeinrichtungen ein Miteigentum nicht an (Gruch. 45 S. 1018, RG. 53 S. 307). Es geht davon aus, daß jedes Grundstück von einem unmittelbar neben ihm liegenden Grundstücke durch eine mathematische Linie geschieden wird, ein drittes Grundstück mithin zwischen diesen beiden nicht vorhanden ist. Hätte man ein solches Grundstück durch eine positive Vorschrift schaffen wollen, so hätte es nur so geschehen können, daß auf beiden Seiten der Grenzlinie eine bestimmte Fläche ausgesondert und als selbständiges Grundstück gebucht würde. Das Eigentum hieran müßte dann beiden Nachbarn gemeinschaftlich zustehen, also ein Miteigentum, welches mit dem Eigentum an den Grundstücken derselben untrennbar verbunden wäre. Zur Legalisierung derartiger Konsequenzen aber liegt ein zwingender Grund nicht vor. Das praktische Bedürfnis verlangt hier keine Lösung der Eigentumsfrage, sondern nur eine Regelung des Verhältnisses, die jedem der aneinander grenzenden Grundstücke die Vorteile sichert, welche der Zwischenraum, Rain, Winkel rc. gewähren soll. Es rechtfertigt sich deshalb, die **Vermutung** aufzustellen, daß die Eigentümer der Grundstücke zur **Benutzung** der Einrichtung **gemeinschaftlich** berechtigt sind. Dieses gemeinschaftliche Benutzungsrecht, welches durch § 922 näher geregelt ist, enthält eine Beschränkung des Eigentums an beiden Grundstücken, da jedes derselben einen Teil zu der Fläche beitragen muß, die von der Grenzeinrichtung in Anspruch genommen wird, der Eigentümer mithin den von ihm beigetragenen Teil nicht ausschließlich (§ 903) benutzen kann. Trotz ihres servitutenähnlichen Inhalts darf man die Eigentumsbeschränkung aber nicht als eine gesetzliche Grunddienstbarkeit bezeichnen und ebensowenig ihre Eintragung in das Grundbuch für zulässig erklären (a. M. Wolff a. a. O. S. 447, 449); denn gesetzliche Dienstbarkeiten sind dem BGB. unbekannt (s. Vorbm. 4 vor § 1018) und die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen sind nicht eintragungsfähig (oben S. 79 Vorbm. VI 3 a a. E.).

3. Die Vermutung **setzt voraus**, daß die Grundstücke aneinander grenzen und daß auf der Grenze sich eine Einrichtung befindet, die zum Vorteile beider Grundstücke dient.

a) Hinsichtlich der Beschaffenheit der **Einrichtung** sind, von dem Vorteile für beide Grundstücke abgesehen, keine Erfordernisse aufgestellt; das Gesetz führt nur einige Beispiele an, denen als weitere z. B. ein Brunnen auf der Grenze und ein Grenzgestell im Walde, d. i. ein Aushau

§. 922. Sind die Nachbarn zur Benutzung einer der im §. 921 bezeichneten Einrichtungen gemeinschaftlich berechtigt, so kann jeder sie zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergiebt, insoweit benutzen, als nicht die Mitbenutzung des anderen beeinträchtigt wird. Die Unterhaltungskosten sind von den Nachbarn zu gleichen Theilen zu tragen. Solange einer der Nachbarn an dem Fortbestande der Einrichtung ein Interesse hat, darf sie nicht ohne seine Zustimmung beseitigt oder geändert werden. Im Uebrigen bestimmt sich das Rechtsverhältniß zwischen den Nachbarn nach den Vorschriften über die Gemeinschaft.

---

zwischen zwei Waldparzellen hinzugefügt werden können. Es dürfte daher nicht richtig sein, wenn Strempel a. a. O. S. 132 ff., 198, 201 den Begriff der Grenzeinrichtung auf eine von den Eigentümern hergestellte Anlage beschränken will; das Gegenteil dürfte schon aus den ersten Beispielen des § 921 erhellen.

b) Daß die Einrichtung sich **auf der Grenze** befinden müsse, war in der Fassung des E. I § 854 deutlich zum Ausdrucke gebracht. Mit der anderen Fassung des Gesetzes ist eine Änderung nicht beabsichtigt. Auch die zweite Kommission, auf deren Beschlüsse die jetzige Fassung beruht, war der Meinung, daß die Einrichtung sich auf der Grenze befinden müsse; aus dem Umstande, daß die Einrichtung beiden Grundstücken zum Vorteile diene, sei zu schließen, daß in Ermangelung einer anderen Grenzbestimmung die Grenze durch die Einrichtung hindurch gehe (P. II Bd. 3 S. 131).

Befindet sich die Einrichtung **neben** der Grenze, so gehört sie dem Nachbarn, auf dessen Grundstücke sie errichtet ist. Der andere Nachbar kann dann ein Recht zur Mitbenutzung nur durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit erlangen.

c) Ob die Einrichtung **zum Vorteile beider Grundstücke dient**, wird sich, wie die in § 921 angeführten Beispiele ergeben, der Regel nach aus der Beschaffenheit der Einrichtung entnehmen lassen. Dieses Erfordernis ist lediglich ein objektives; daß die Anlage durch übereinstimmende Willenserklärung der beteiligten Eigentümer zum gemeinsamen Dienste bestimmt ist (Strempel a. a. O.) oder daß beide Nachbarn die Absicht ausschließlicher Benutzung ihres Teiles der Anlage aufgegeben haben (Wolff a. a. O. S. 448), ist nicht Voraussetzung für die Vermutung aus § 921.

4. **Die Vermutung fällt weg**, wenn sich äußere Merkmale finden, die darauf hinweisen, daß die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört. In einem solchen Falle kann der andere Nachbar unter Umständen auf Grund des § 903 die Beseitigung der Anlage, soweit diese auf seinem Grundstücke sich befindet, verlangen, nicht aber aus § 921 ein Mitbenutzungsrecht herleiten. Was für Merkmale hier in Betracht kommen, ist nach der besonderen Lage des gegebenen Falles zu entscheiden (s. Meisner a. a. O. S. 30 ff.). In dem ALR. I 8 werden für das Alleineigentum an Winkeln und Zwischenräumen (§ 121), Planken (§ 154), Staketen (§ 158), gemauerten Scheidewänden (§§ 159—161) und an Gräben (§ 188) bestimmte Merkmale angegeben; der code civil führt solche für die Nichtgemeinschaftlichkeit einer Mauer (Art. 654), eines Grabens (Art. 666 bis 668) und einer Hecke (Art. 670) auf. Für Preußen sind die Vorschriften durch das Ausführungsgesetz v. 20. Sept. 1899 Art. 89 Nr. 1 b und Nr. 2 ausdrücklich aufgehoben, soweit sie nicht schon durch die Reichsgesetzgebung beseitigt sind; sie können bei der Anwendung des BGB. § 921 nur noch als Auslegungsmittel und zwar nur soweit von Einfluß sein, als sie den heutigen Verhältnissen entsprechen.

5. Über die Anwendbarkeit des § 921 in der **Übergangszeit** s. Bd. VI die Erl. zu Art. 181, RG. 53 S. 307 und über die **Kommunmauern** in Bayern Pfirstinger in Bl. f. RAnw. 67 S. 64, 81, 97, Staudinger III S. 153, Meisner a. a. O. S. 35 ff., 39 ff. und in Sachsen Kretzschmar II S. 25; s. auch Preußen Art. 23, 24.

§ 922.

E. I § 854 Abs. 2; II § 835 rev. § 907; III § 906. P. I S. 3806 ff.; M. III S. 276 f. P. II Bd. 3 S. 131 f.

Vgl. die Literaturangabe bei § 921; Obermeyer in Bl. f. RAnw. 1903 S. 496.

1. Der § 922 ergänzt die Vorschrift des § 921 durch **besondere Bestimmungen über das Recht zur Benutzung der Grenzeinrichtung.** Obschon die Nachbarn zu der Benutzung gemeinschaftlich berechtigt sind, kann das Rechtsverhältnis doch nicht uneingeschränkt nach den für die Gemeinschaft geltenden §§ 742 ff. geregelt werden, weil die uneingeschränkte Anwendung dieser Vorschriften den Zweck der Einrichtung durchkreuzen würde.

a) Nach § 921 wird eine Einrichtung vorausgesetzt, die zum Vorteile beider Grundstücke dient. Das ist aber nicht so zu verstehen, daß ein Nachbar sie nach seinem subjektiven Belieben benutzen könnte. Vielmehr wird der **Inhalt und Umfang des Benutzungsrechts** durch die Beschaffenheit der Einrichtung bestimmt, d. h. durch äußere Merkmale, welche objektiv ergeben, daß und zu welchem Zwecke die Einrichtung benutzt werden darf. Da aber die Benutzung beiden Nachbarn gleichmäßig gebührt, so kann sie, beim Mangel allgemeiner Vorschriften über die Kollision der Rechte, von einem Nachbarn nur so ausgeübt werden, daß nicht die Mitbenutzung des anderen beeinträchtigt wird (vgl. Wolff a. a. O. S. 449). Der § 922 spricht dies in seinem ersten Satze ausdrücklich aus, weil es zweifelhaft ist, ob hier überhaupt eine die Anwendung des § 743 rechtfertigende Gemeinschaft nach Bruchteilen im Sinne des § 741 vorliegt. Die erste Kommission hatte nach den M. III S. 276 die Frage verneint. Die zweite Kommission hat dieselbe nicht entschieden, wie es scheint, weil eine Entscheidung dem § 922 gegenüber nur von theoretischer Bedeutung sein würde. Will man hier von Anteilen der Nachbarn sprechen, so ist anzunehmen, daß die Anteile nicht bloß wie nach § 742 im Zweifel, sondern in allen Fällen einander gleich sind.

Wie sich die Mitbenutzung praktisch gestaltet, hängt von der Art und Beschaffenheit der Einrichtung ab (s. Wolff a. a. O. S. 476; Meisner a. a. O. S. 33 ff.). Können sich die Nachbarn nicht einigen, so ist die Entscheidung auf Grund des Prinzips, welches der § 922 Satz 1 enthält, nach § 745 Abs. 2, 3 zu treffen. Handelt es sich z. B. um einen Grenzrain, so kann jeder Nachbar denselben zum Zwecke der Bewirtschaftung seines Grundstücks betreten und zum Ummwenden des Pfluges oder eines sonstigen Gefährtes ꝛc. benutzen. Ist die Fläche mit Gras bewachsen, so muß der Ertrag geteilt werden (§ 743 Abs. 1). Werden die Grundstücke durch einen Graben von einander geschieden, so ist jeder der Nachbarn berechtigt, das Wasser von seinem Grundstück in den Graben abzuführen, aber auch Wasser zur Bewässerung zu entnehmen und, wenn dasselbe mit Fischen besetzt ist, Fische sich anzueignen, alles natürlich unbeschadet der gleichen Befugnisse des anderen Nachbarn. Besteht die Grenzeinrichtung in einer Mauer, die auf beiden Grundstücken ein Gebäude abschließt, so muß jeder Nachbar sich gefallen lassen, daß der andere die Mauer zur Stütze seines Gebäudes verwendet und überhaupt von der Mauer den Gebrauch macht, der dem Zwecke derselben entspricht. Es wird also namentlich auch die Anlegung eines Schornsteins oder eines Wandschrankes in der Mauer zuzulassen sein (vgl. preuß. ALR. I 8 §§ 134, 136), vorausgesetzt, daß derselbe nicht mit einer bereits vorhandenen ähnlichen Einrichtung des Nachbarhauses kollidiert oder der Mauer zum Schaden gereicht, sie z. B. derart schwächt, daß Gespräche in dem einen Hause in dem anderen gehört werden oder das Haus Witterungseinflüssen mehr als bisher ausgesetzt wird (Rspr. 4 S. 294). Daß jeder Nachbar die Scheidemauer nur bis zur Hälfte ihrer Dicke benutzen darf, wie Dernburg III § 71 S. 204 annimmt, ist nicht zutreffend; er hat das Recht auf Mitbenutzung der ganzen Grenzeinrichtung.

b) Die Vorschrift des zweiten Satzes, daß die **Unterhaltungskosten** von beiden Nachbarn zu gleichen Teilen zu tragen sind, weicht von der entsprechenden Bestimmung des § 748 nur darin ab, daß sie nicht bloß im Zweifel (§ 742), sondern uneingeschränkt gelten soll. Die Abweichung aber beruht auf der praktischen Erwägung, daß es mit Rücksicht auf die hier in Betracht kommenden Verhältnisse angezeigt erscheint, eine einfache Norm zu geben, die jeden Streit ausschließt. Gegen die unbillige Verteilung von Kosten, die nur durch die Benutzungsart eines der Nachbarn entstanden sind, wird die Praxis erforderlichenfalles durch eine strenge Auslegung des Begriffs der Unterhaltungskosten helfen können (P. II Bd. 3 S. 132). Kosten für die Wiederherstellung einer Anlage, die einer der Nachbarn schuldhafterweise beschädigt hatte, fallen ihm nach Maßgabe des § 823 zur Last.

c) **Verbot der Beseitigung und Änderung der Grenzeinrichtung.** Die wichtigste Abweichung von den Vorschriften über die Gemeinschaft liegt in dem dritten Satze des § 922. Sie besteht darin, daß die Einrichtung, welche den Gegenstand des gemeinschaftlichen Benutzungsrechts bildet, so lange unverändert erhalten bleiben muß, als auch nur einer der Nachbarn an ihrem Fortbestand ein Interesse hat. Die Vorschrift folgt mit Notwendigkeit aus dem Zwecke der Einrichtung. So lange dieser Zweck auch nur in Ansehung eines der Grundstücke noch erreichbar ist, darf der Eigentümer des anderen Grundstücks ohne Zustimmung des Nachbarn nichts vornehmen, was den Zweck vereiteln könnte. Handelt er dem zuwider, so hat der Mitberechtigte auf Grund seines Eigentums den Anspruch auf Wiederherstellung der Einrichtung.

Wird die Einrichtung mit Zustimmung beider Nachbarn ohne den Vorbehalt der Erneuerung beseitigt, so erlischt das gemeinschaftliche Benutzungsrecht. Die Beseitigung kann jeder Nachbar

§. 923. Steht auf der Grenze ein Baum, so gebühren die Früchte und, wenn der Baum gefällt wird, auch der Baum den Nachbarn zu gleichen Theilen.

Jeder der Nachbarn kann die Beseitigung des Baumes verlangen. Die Kosten der Beseitigung fallen den Nachbarn zu gleichen Theilen zur Last. Der Nachbar, der die Beseitigung verlangt, hat jedoch die Kosten allein zu tragen, wenn der andere auf sein Recht an dem Baume verzichtet; er erwirbt in diesem Falle mit der Trennung das Alleineigenthum. Der Anspruch auf die Beseitigung ist ausgeschlossen, wenn der Baum als Grenzzeichen dient und den Umständen nach nicht durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden kann.

Diese Vorschriften gelten auch für einen auf der Grenze stehenden Strauch.

---

verlangen, wenn die Einrichtung dem Grundstücke des anderen keinen Vorteil mehr gewährt, ein Interesse an ihrer Erhaltung mithin nicht mehr besteht. Die Beteiligten können aber auch trotz des Fortbestandes der Einrichtung das Mitbenutzungsrecht durch Vereinbarung aufheben; vgl. darüber Wolff a. a. O. S. 477.

2. **Welche von den Vorschriften über die Gemeinschaft** hiernach in Gemäßheit des vierten Satzes noch zur Anwendung kommen können, ist durch Vergleichung dieser Vorschriften mit den drei ersten Sätzen des § 922 zu ermitteln.

a) Die §§ 742, 743 werden im allgemeinen durch den § 922 Satz 1 ersetzt; nur der Abs. 1 des § 743 behält insofern eine gewisse Bedeutung, als er das in dem gemeinschaftlichen Benutzungsrechte miteingeschlossene Recht auf die Früchte klarstellt.

b) Für die vertragsmäßige Regelung der Verwaltung und Benutzung der Einrichtung sind die §§ 744, 746 maßgebend. Der Vertrag wirkt aber, obwohl auch gegen die Sondernachfolger der Vertragschließenden, nur obligatorisch. Sollen die Befugnisse eines jeden der Nachbarn dinglich festgelegt werden, so ist nach § 873 Einigung und Eintragung erforderlich. An die Stelle der gesetzlichen Regelung des Nachbarverhältnisses treten dann die entsprechenden Nutzungsrechte, die nach ihrem Inhalt in die Kategorie der Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 ff.) fallen.

Eine Regelung durch Mehrheitsbeschluß (§ 745) ist nur dann denkbar, wenn die Einrichtung zum Vorteile von mehr als zwei Grundstücken dient, z. B. ein Brunnen, welcher an der zusammenstoßenden Ecke dreier Grundstücke belegen ist (P. I S. 3813).

c) Das Recht zur Benutzung der Einrichtung kann nur den Eigentümern der an einander grenzenden Grundstücke zustehen. Seine Verbindung mit dem Eigentum ist dergestalt unlösbar, daß eine Verfügung über das Recht oder einen Anteil an demselben zu Gunsten eines Dritten ausgeschlossen ist. Der § 747 ist deshalb für die Gemeinschaft, die hier in Frage kommt, belanglos (Wolff a. a. O. S. 476).

d) Dem § 748 unterliegt das Rechtsverhältnis der Nachbarn nur insoweit, als nicht durch § 922 Satz 2 die Kostenfrage geregelt ist, und auch dann nur so, daß die Lasten und Kosten von den Nachbarn zu gleichen Teilen zu tragen sind (Erl. 1b).

e) Keiner der Nachbarn hat nach der Natur des gemeinschaftlichen Benutzungsrechts gegen den anderen einen Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft durch Teilung oder Verkauf des Rechtes. Für die Anwendung der §§ 749—758 ist deshalb kein Raum. Nur wenn nach Beseitigung der Einrichtung die bisherigen Bestandteile den Nachbarn gemeinschaftlich gehören oder wenn gemeinschaftliche Forderungen oder Schulden bestehen, können die §§ 749 ff. für die Aufhebung der Gemeinschaft in Betracht kommen.

§ 923.

E I § 855; II § 836 rev. § 908; III § 907. P. I S. 3817 ff.; M. III S. 277 ff. P. II Bd. 3 S. 132 f.

Ortloff im Arch. f. Bürg. R. 17 S. 284 ff. (vgl. S. 178 zu § 910).

1. **Juristische Konstruktion.** Der § 923 regelt das Rechtsverhältnis der Nachbarn in Ansehung eines **Grenzbaums**, d. h. eines Baumes, dessen Stamm da, wo er an die Oberfläche tritt, durch die Grenzlinie mathematisch geteilt wird. Ein Baum, der nicht auf der Grenze steht, ist nach § 94 wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, aus welchem er herauswächst; er kann daher, solange der Zusammenhang dauert, nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, namentlich

nicht einem anderen als dem Eigentümer des Grundstücks gehören (§ 93). Hierbei ist es gleichgültig, ob Wurzeln des Baumes in ein benachbartes Grundstück eingedrungen sind. Der Eigentümer dieses Grundstücks kann die eingedrungenen Wurzeln nach näherer Bestimmung des § 910 abschneiden und behalten, sofern nicht landesrechtlich in den Schranken der Vorbehalte des EG. Art. 122, 183 etwas anderes vorgeschrieben ist; im übrigen ist die Lage der Wurzeln ohne Einfluß auf das Eigentum an dem Baume.

Für den Grenzbaum folgt hieraus, daß das Eigentum an jedem der beiden Grundstücke den Teil des Baumes mitergreift, der diesseits der Grenzlinie belegen ist. Das preuß. ALR. I 9 § 286 und das sächs. BGB. § 361 konstruieren das Rechtsverhältnis als Miteigentum und belassen es bei den Konsequenzen, die sich hieraus ergeben. Die Reichsgesetzgebung hat dieser Auffassung sich nicht angeschlossen, einmal, weil der Baum als wesentlicher Bestandteil des Bodens nicht Gegenstand eines besonderen Miteigentums sein kann, sodann, weil die Durchführung der Konsequenzen in der Praxis auf große Schwierigkeiten stoßen würde. Der § 923 setzt deshalb voraus, daß für die Eigentumsfrage die allgemeinen Grundsätze des § 93 und des § 94 Abs. 1 Satz 1 maßgebend bleiben, daß zwar der Grenzbaum, weil er nicht reell, sondern mathematisch geteilt ist, eine Gemeinschaft der Nachbarn begründet, daß aber diese Gemeinschaft nicht in Bruchteile zerfällt, sondern als eine sog. communio pro diviso angesehen werden muß, die erst mit der Lösung ihres Gegenstandes aus dem Zusammenhange mit dem Grund und Boden in ein Miteigentum an den durch die Trennung gewonnenen beweglichen Sachen übergehen kann.

2. **Gleiche Anteile der Nachbarn.** Die Früchte des Baumes und dieser selbst, wenn er durch Menschenhand oder sonst (z. B. durch einen Sturm) vom Boden getrennt ist, müßten nach der Rechtskonsequenz so geteilt werden, daß jeder Nachbar einen Bruchteil erhielte, der seinem vor der Trennung durch die Grenzlinie bestimmten Bestandteile des Baumes entspräche. Diese Konsequenz würde aber das Verhältnis ungemein verwickeln und die Auseinandersetzung erschweren. Der § 923 lehnt sie deshalb ab, indem er, um einfaches und klares Recht zu schaffen, in seinem Abs. 1 jedem Nachbar einen gleichen Anteil an den Früchten und dem Holze (s. jedoch Erl. 4) zuweist. Für die Teilung sind die §§ 752 ff. maßgebend.

Nachbar im Sinne dieser Vorschrift ist nicht notwendig der Eigentümer, sondern, wenn ein anderer zur Nutzung berechtigt ist, dieser, z. B. der Nießbraucher oder Pächter (M. III S. 279).

3. **Solange der Grenzbaum mit dem Boden zusammenhängt,** ist das Eigentum an ihm dergestalt beschränkt, daß ein Nachbar mit ihm nicht nach Belieben verfahren darf. Eine tatsächliche Einwirkung auch nur auf den Teil des Baumes, der Bestandteil des Grundstücks des Einwirkenden ist, trifft den ganzen Baum als natürlichen Organismus und greift deshalb in das Eigentum an dem anderen Grundstück ein, soweit der Baum Bestandteil desselben ist. Ein solcher Eingriff aber ist nach § 903 unstatthaft, wenn nicht der Eigentümer der Einwirkung zustimmt.

Dagegen ist nach § 923 Abs. 2 Satz 1 jeder von beiden Nachbarn **berechtigt, die Beseitigung des Baumes zu verlangen** (über die Ausnahme laut Abs. 2 Satz 4 vgl. Erl. 5). Dieses Recht folgt, soweit der Stamm aus dem Grundstücke desjenigen herauswächst, welcher es geltend macht, aus dem Eigentume desselben, soweit er auf dem anderen Grundstücke steht, aus der Gemeinschaft. Das Recht aber darf nicht eigenmächtig ausgeübt werden, sondern nur mit Zustimmung des Gegners. Dieser ist indessen gesetzlich verpflichtet, der Beseitigung zuzustimmen bezw. sich dieselbe gefallen zu lassen (§ 749 Abs. 1, § 923 Abs. 2 Satz 1); gibt er eine entsprechende Erklärung nicht ab, so ist zunächst seine rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe derselben herbeizuführen.

Der Anspruch auf Beseitigung eines Grenzbaums ist der Verjährung durch § 924 entzogen, weil er durch die Tatsache, daß der Baum sich auf der Grenze befindet, in jedem Augenblicke von neuem entsteht und deshalb ebensowenig wie der Anspruch auf Aufhebung einer Gemeinschaft durch Zeitablauf seine Wirkung verlieren kann (vgl. P. II Bd. 2 S. 756, Bd. 3 S. 129).

4. **Die Kosten** der Beseitigung des Baumes sind von den Nachbarn gemeinschaftlich zu tragen, d. h. nach § 923 Abs. 2 Satz 2 zu gleichen Teilen, da die Anteile an dem Baume nach dessen Fällung stets gleiche sind. Jedoch kann derjenige, welcher die Beseitigung nicht verlangt hat, sich dadurch von jedem Kostenbeitrage befreien, daß er auf seinem Anteil an dem Baume **verzichtet.** Dies ist zwar positiv, aber billig und gerecht. Die Folge des Verzichts, der übrigens an keine Form gebunden ist, wird in dem Satze 3 dahin festgestellt, daß der andere

§. 924. Die Ansprüche, die sich aus den §§. 907 bis 909, 915, dem §. 917 Abs. 1, dem §. 918 Abs. 2, den §§. 919, 920 und dem §. 923 Abs. 2 ergeben, unterliegen nicht der Verjährung.

Zweiter Titel.

Erwerb und Verlust des Eigenthums an Grundstücken.

Nachbar einerseits die Kosten allein zu tragen hat, andererseits das Alleineigentum an dem Baume mit dessen Trennung vom Boden erwirbt (vgl. §§ 953 ff.).

5. Ein Baum der auf der Grenze steht, kann zugleich als **Grenzzeichen** dienen. Der Anspruch auf Beseitigung eines Baumes mit dieser Funktion ist nach Abs. 2 Satz 4 ausgeschlossen, wenn nach den Umständen ein Ersatz durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen sich nicht ermöglichen läßt. Vielleicht folgt dies schon aus dem § 919 Abs. 1, da nach demselben jeder Nachbar die Abmarkung seines Grundstücks von dem anderen durch feste Grenzzeichen verlangen kann und dementsprechend die Beseitigung eines solchen Zeichens ohne angemessenen Ersatz nicht zu gestatten braucht. Wird diese Folgerung als richtig anerkannt, so hat man zugleich eine sichere Grundlage für die Verteilung der Beweislast. Darüber besteht freilich kein Zweifel, daß derjenige, welcher für die Erhaltung des Baumes eintritt, dessen Eigenschaft als Grenzzeichen beweisen muß. Fraglich bleibt aber, ob die allgemeinen Beweisregeln, die in Bd. I S. 47 dargelegt sind, ihm auch die Beweislast dafür auferlegen, daß der Baum durch ein anderes Grenzzeichen nicht ersetzt werden kann, oder ob der Gegner zu beweisen hat, daß das von ihm in Aussicht genommene neue Grenzzeichen ebensogut geeignet ist, als solches zu dienen, wie der Baum. Es liegt hier sichtbar eine Kollision des Rechtes auf Beseitigung des Baumes mit dem Rechte auf ein festes Grenzzeichen vor. Diese Kollision wird indessen nach § 923 nur dann zu Gunsten des ersteren gelöst, wenn das letztere gewahrt wird. Die Beweislast trifft daher denjenigen, welcher die Beseitigung verlangt (vgl. Bd. I S. 47 unter a).

6. Daß die Vorschriften des § 923 Abs. 1, 2 auch für einen auf der Grenze stehenden **Strauch** gelten, bedarf keiner Rechtfertigung. Der Abs. 3 bestimmt es der Deutlichkeit halber ausdrücklich.

Dagegen findet der § 923 auf **andere Sachen**, die mit dem Grund und Boden fest verbunden sind, insbesondere Bauwerke, keine Anwendung. Diese gehören auch nach ihrer Trennung von dem Grundstücke jedem der Nachbarn soweit, als sie sich vor der Trennung innerhalb der Grenzen seines Grundstücks befanden.

7. Das EG. enthält **Vorbehalte für die Landesgesetzgebung** wegen der Obstbäume in Art. 122, zugunsten der Waldgrundstücke in Art. 183.

§ 924.

E. I § 853; II § 837 rev. § 909; III § 908. P. I S. 3805 f.; M. III S. 273 f. P. II Bd. 3 S. 127 ff., 156 f.; Bd. 6 S. 231 f.

Siehe die Erl. 4 a. E. zu § 907, 2f zu § 908, 2e zu § 909, 5 zu § 915, 2aζ zu § 917, 2 a. E. zu § 918, 7 Abs. 2 zu § 919, 5 zu § 920, 3 Abs. 3 zu § 923. Wo hier ein besonderer Grund für die Unverjährbarkeit des Anspruchs nicht angedeutet wird, ist er in der fortwährenden Neuentstehung desselben zu suchen.

Zweiter Titel.

1. **Inhalt des Titels.** Der zweite Titel enthält drei Vorschriften über den Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken. Der § 925 betrifft die Übertragung des Eigentums durch Rechtsgeschäft. Im Anschlusse daran enthält der § 926 Vorschriften über den Übergang des Eigentums an dem Zubehör eines übertragenen Grundstücks. Der § 927 bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein Eigentümer im Aufgebotsverfahren mit seinem Rechte ausgeschlossen werden und ein anderer das Recht erwerben kann. Der § 928 endlich enthält Vorschriften über das Aufgeben des Eigentums und den Erwerb des aufgegebenen Eigentums durch den Fiskus.

2. Der zweite Titel zählt die **Erwerbsarten des Eigentums an Grundstücken** nicht erschöpfend auf. In dem BGB. ist außerdem noch bestimmt der Erwerb des Eigentums durch

§. 925. Die zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke nach §. 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor dem Grundbuchamt erklärt werden.

Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.

---

die sog. Tabularersitzung (§ 900). Daneben kommen in Betracht die Vorschriften über den Erwerb des Eigentums durch Eingehung der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1438) und durch Erbfolge (§§ 1922, 1942, 2100, 2139; vgl. auch § 46) sowie mittelbar die Vorschriften über die Übertragung eines Erbteils (§§ 2033 ff.). Das Eigentum eines Grundstücks kann ferner erworben werden im Wege der Zwangsversteigerung durch den Zuschlag (ZVG. § 90).

Über die besonderen Vorschriften in den Schutzgebieten s. VO. betr. die Rechte an Grundstücken in den deutschen Schutzgebieten v. 21. November 1902.

3. **An landesgesetzlichen Vorschriften**, welche nach dem EG. unberührt bleiben, kommen in Betracht die Vorschriften über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der GBO. auch nach der Übertragung nicht eingetragen zu werden braucht (EG. Art. 127 GBO. § 40). Daneben bleibt die Landesgesetzgebung auf Grund der Vorbehalte der Art. 57—59, 62, 65—68, 88, 109, 111, 112, 113, 119 zuständig in den durch die gedachten Artikel bestimmten Grenzen, Vorschriften über den Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken zu geben. Nach Art. 126 kann durch Landesgesetz auch unmittelbar das Eigentum eines Grundstücks von dem betreffenden Bundesstaat auf einen Kommunalverband oder von diesem an jenen oder von einem Kommunalverband auf den anderen übertragen werden.

Von den Übergangsvorschriften kommen in Betracht die Art. 189, 190.

4. Die Vorschriften über den Erwerb des Eigentums an Grundstücken finden **entsprechende Anwendung** auf das Erbbaurecht (§ 1017) und nach EG. Art. 63, 68 auf die in diesen Artikeln bezeichneten Rechte. Nach EG. Art. 196 kann die Landesgesetzgebung die Anwendung der fraglichen Vorschriften auch auf die im Art. 196 näher bezeichneten dinglichen Nutzungsrechte an Grundstücken vorschreiben.

§ 925.

E. I §§ 868, 870 f.; II § 838 rev. § 910; III § 909. P. I S. 3871 ff.; M. III S. 312 ff., 318 ff. P. II Bd. 3 S. 168 ff., 181 f., Bd. 5 S. 436 f., 444. RB. S. 1999 ff. StB. S. 2788.

1. **Auf die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke** finden im allgemeinen die Vorschriften der §§ 873, 878 Anwendung. Es ist also die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers über die Übertragung des Eigentums und die Eintragung im Grundbuch erforderlich (s. Erl. zu § 873). Für die Einigung schreibt der § 925 hier abweichend vom § 873 eine besondere Form vor. Die Einigung, welche hier als Auflassung bezeichnet wird, muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Infolge dieser Vorschrift finden die Bestimmungen des § 873 Abs. 2 über den Zeitpunkt, in welchem die Einigung für die Parteien bindend wird, keine Anwendung. An ihre Stelle tritt der Satz, daß die Einigung erst wirksam und hiermit zugleich für die Parteien bindend wird, wenn sie in der vorgeschriebenen Form erklärt ist. Nur wenn dies geschehen ist, darf die Eintragung in das Grundbuch erfolgen (GBO. § 20). Eine Einigung, welche der vorgeschriebenen Form entbehrt, ist nichtig (§ 125). Ist trotz des Mangels der Form die Eintragung erfolgt, so ist das Grundbuch unrichtig geworden und es kann die Berichtigung desselben nach § 894 verlangt werden. Wird die Einigung in der vorgeschriebenen Form nach der Eintragung erklärt, so geht nun hiermit das Eigentum über. Dies muß trotz der Nichtbeobachtung der Bestimmung des § 20 der GBO. angenommen werden, weil diese kein materiell wesentliches Erfordernis der Eigentumsübertragung aufstellt, sondern nur eine Verfahrensvorschrift enthält.

Aus der Vorschrift des § 878 in Verbindung mit § 925 ergibt sich, daß die auf die Übertragung des Eigentums gerichtete Willenserklärung des Veräußerers, dadurch, daß der Veräußerer in der Verfügung beschränkt wird, nicht unwirksam wird, wenn vor dem Eintritte der Verfügungsbeschränkung die Einigung der Parteien in der durch § 925 vorgeschriebenen Form erklärt und der Antrag auf Eintragung gestellt ist (s. Erl. zu § 878).

Dieser Antrag wird regelmäßig mit der Auflassung verbunden werden. Eines besonderen Antrags auf Eintragung bedarf es übrigens nicht, wenn die Auflassung ordnungsmäßig vor dem Grundbuchamt erfolgt ist (KG. Bd. 24 S. A 231). Der Grundbuchrichter kann aber die Eintragung, auch wenn die Auflassung erfolgt ist, ablehnen, wenn ihm nachträglich Umstände bekannt werden, infolge deren die Eintragung unzulässig ist (Rspr. Bd. 5 S. 294).

2. **Zur Beobachtung der im § 925 vorgeschriebenen Form ist erforderlich,**

a) daß die Erklärungen der Parteien über die Einigung vor dem Grundbuchamt abgegeben werden, bei welchem das Grundbuch über das betreffende Grundstück geführt wird. Daß die Erklärungen vor diesem Grundbuchamt abgegeben werden müssen und die Abgabe vor einem beliebigen Grundbuchamte nicht genügt, ergibt sich aus den Worten „vor dem Grundbuchamte" (a. M. wie es scheint Oberneck § 50 S. 272). Nicht wesentlich ist, daß bei einem mit mehreren Richtern besetzten Amtsgerichte die Erklärung vor dem mit der Führung des Grundbuchs beauftragten Richter abgegeben werde (a. M. Biermann Erl. 1 a zu § 925). Nicht erforderlich ist auch, daß die Erklärungen in dem Lokale des Grundbuchamts abgegeben werden (a. M. Henle im Recht 1900 S. 434; Staudinger Aufl. II Erl. B II 2 c zu § 925). Das Grundbuchamt hat über die Erklärungen ein Protokoll aufzunehmen (GBO. § 29). In betreff der Frage, ob die Gültigkeit der Einigung von der Aufnahme des Protokolls abhängt, gilt dasselbe wie in betreff der Frage, ob nach § 873 Abs. 2 die Bindung der Parteien an ihre vor dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung von deren ordnungsmäßiger Protokollierung abhängt (s. Erl. zu § 873). Nach EG. Art. 143 Abs. 1 können die Landesgesetze in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, daß die Einigung der Parteien außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann (s. Erl. zu Art. 143). Die nach Maßgabe der Landesgesetze in dieser Art erklärte Einigung hat dieselbe Wirkung, wie wenn sie vor dem Grundbuchamt erklärt wäre;

b) daß die Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile erklärt wird. Die Abschließung des Vertrags soll vor dem Grundbuchamte selbst erfolgen. Die hierdurch gegebene größere Garantie wurde sowohl im Interesse der Parteien als dritter Personen für notwendig erachtet. Nicht erforderlich ist ein bestimmter Wortlaut der Erklärung; es genügt z. B., daß der Veräußerer die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer bewilligt und dieser sie beantragt (Rspr. Bd. 4 S. 311; a. M. die von Lenel in der DJZ. 1900 S. 286 mit Recht bekämpfte Entscheidung des OLG. Kolmar). Andererseits ist ausdrückliche Bewilligung der Eintragung und ein darauf gerichteter Antrag nicht erforderlich (KG. Bd. 24 S. A 231. Rspr. Bd. 5 S. 420. RJA. Bd. 3 S. 143). Auch eine bestimmte Reihenfolge der Einigungserklärungen ist nicht erforderlich (Bayer. ObLG. Bd. 3 S. 35).

3. **Nicht erforderlich ist, daß die Parteien in Person erscheinen.** Sie können sowohl durch ihre gesetzlichen Vertreter wie durch Bevollmächtigte vertreten werden. Über den Nachweis der Vertretungsmacht s. GBO. §§ 29—33. Die Voraussetzungen, unter welchen ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich selbst die Einigung erklären kann, ergeben sich aus § 181. Ein gesetzlicher Vertreter kann dies nur, wenn die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke lediglich zum Zwecke der Erfüllung einer darauf gerichteten Verbindlichkeit erfolgt, ein Bevollmächtigter außer in diesem Falle auch dann, wenn ihm die Übertragung an sich selbst durch die Vollmacht gestattet ist (s. Bd. I S. 131 Erl. 1, 2 zu § 181). Unter denselben Voraussetzungen können beide Parteien von derselben Person vertreten werden (KG. Bd. 21 S. A 292). Das Grundbuchamt wird eine in dieser Art erklärte Einigung nur dann als zur Eintragung genügend ansehen dürfen, wenn ihm die gedachte Voraussetzung der Zulässigkeit nach Maßgabe der GBO. § 29 nachgewiesen ist.

Hat jemand im Namen des Veräußerers die Auflassung erklärt ohne Vertretungsmacht zu haben, so ist der Formvorschrift des § 925 genügt. Die Auflassung wird aber nach § 177 erst wirksam, wenn der Vertretene sie genehmigt. Die Genehmigung bedarf einer besonderen Form nicht; das Grundbuchamt darf die Eintragung erst vornehmen, wenn ihm die Genehmigung nach Maßgabe der GBO. § 29 nachgewiesen ist (KG. Bd. 22 S. A 146. RJA. Bd. 2 S. 85, 189; a. M. Eccius in DJZ. 1902 S. 61 und in Gruch. Bd. 45 S. 455; Bd. 47 S. 51 ff. S. dagegen Bd. I Erl. 2 zu § 177.

4. **Der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile bedarf es nicht,** wenn der Veräußerer rechtskräftig zur Übertragung des Grundstücks verurteilt ist oder falls die Übertragung von einer Gegenleistung abhängig ist, eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils

erteilt ist (CPO. § 894 Abs. 1). In der zweiten Kommission war ein Antrag gestellt, dies ausdrücklich auszusprechen, weil es zweifelhaft sein könne, ob durch das Urteil auch die Form, in welcher die Willenserklärung des Veräußerers nach § 925 erklärt werden muß, ersetzt werde. Der Antrag wurde abgelehnt, aber nur weil er selbstverständlich sei (P. II Bd. 3 S. 176 ff.). Die Frage ist nicht unzweifelhaft. Nach dem Wortlaute des § 894 Abs. 1 der CPO. genügt die hiernach als abgegeben geltende Willenserklärung nicht, um den Erfordernissen des § 925 zu genügen, denn der § 925 verlangt, daß die Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt wird; nach CPO. § 894 Abs. 1 aber gilt die Einigungserklärung des Verurteilten als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, bezw. die vollstreckbare Ausfertigung erteilt ist. Um den Erfordernissen des § 925 zu genügen, muß man also annehmen, daß in einem Falle der hier fraglichen Art die Willenserklärung vor dem Grundbuchamt erst oder doch auch in demjenigen Zeitpunkt als abgegeben gelte, in welchem auch der andere Teil vor dem Grundbuchamt erschienen ist und seinerseits die Einigungserklärung abgibt. Es fragt sich also, ob eine diese Annahme rechtfertigende ausdehnende Auslegung des § 894 sich rechtfertigt. Überwiegende Gründe, insbesondere der Zweck, welchen der § 894 verfolgt, dürften für die Bejahung sprechen. Die Vorschrift, daß die Erklärung als abgegeben gelte, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt habe, will nur die Voraussetzungen, unter welchen die Fiktion eintritt, nicht den Zeitpunkt, in welchem, und die Behörde, vor welcher die Erklärung als abgegeben gilt, bestimmen. Ist die Voraussetzung eingetreten, so tritt nunmehr die Wirkung, daß die Erklärung, zu deren Abgabe der Beklagte in der durch das Urteil bestimmten Art verurteilt ist, in dieser Art abgegeben sei, in demjenigen Zeitpunkt ein, in welchem dies nach dem Urteile geschehen soll. Ist der Beklagte zur Auflassung verurteilt, so bedeutet dies, daß er die seinerseits hierzu erforderliche Erklärung bei gleichzeitiger Anwesenheit mit dem Kläger vor dem Grundbuchamt abzugeben habe. Die Erklärung gilt dann als abgegeben, wenn der Kläger vor dem Grundbuchamt erscheint und seinerseits die zur Auflassung erforderliche Erklärung abgibt. Dem Grundbuchamte muß der Kläger, um die Eintragung zu erwirken, das mit der Bescheinigung der Rechtskraft versehene Urteil bezw. die vollstreckbare Ausfertigung vorlegen, um hierdurch den Nachweis zu erbringen, daß die zu der Auflassung erforderliche Erklärung des anderen Teiles als erfolgt anzusehen sei, vgl. Struckmann und Koch Anm. 1 zu § 894 der CPO. und die dort angeführte Literatur.

Die gleichen Grundsätze gelten, wenn der Erwerber zur Entgegennahme der Auflassung verurteilt ist.

Der § 894 findet keine Anwendung bei nur vorläufig vollstreckbaren Urteilen und bei vollstreckbaren Vergleichen. In Fällen dieser Art bedarf es der Zwangsvollstreckung gegen den zur Auflassung Verurteilten. Diese erfolgt nach Maßgabe der CPO. § 887 nicht nach § 888 (RG. Bd. 55 S. 57 ff.).

Eine Abweichung von der Vorschrift der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile können die Landesgesetze im Falle der Versteigerung eines Grundstücks nach EG. Art. 143 Abs. 2 unter den dort bezeichneten Voraussetzungen bestimmen (s. Bd. VI Erl. zu Art. 143).

5. **Hat die Landesgesetzgebung von der ihr nach EG. Art. 143 zustehenden Befugnis Gebrauch gemacht**, zu bestimmen, daß die nach § 925 erforderliche Einigung außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann, so genügt der zur Auflassung Verpflichtete in Ermangelung besonderer Bestimmungen der Landesgesetze seiner Verpflichtung, wenn er die ihm obliegende Erklärung vor einer der zuständigen Stellen abgibt (s. EG. Erl. 1 zu Art. 143). Es fragt sich nun aber, wie das Verhältnis zu beurteilen ist, wenn der Verpflichtete in Ermangelung freiwilliger Erfüllung rechtskräftig zur Vornahme der Auflassung verurteilt ist, ohne daß die Stelle, vor welcher sie zu erfolgen hat, näher bezeichnet wird. In den bisherigen Auflagen ist angenommen, daß in einem solchen Falle die für alternative Schuldverhältnisse, bei denen dem Schuldner die Wahl zusteht, geltenden Vorschriften des § 264 Abs. 1 entsprechend anzuwenden seien. Hieraus wurde gefolgert, daß der Schuldner bis zum Beginne der Zwangsvollstreckung noch befugt sei, durch seine einseitige Erklärung die Stelle zu bestimmen, vor welcher die Auflassung zu erfolgen habe, daß dieses Recht aber wegfalle, wenn der Kläger vor einer der zuständigen Stellen die seinerseits zu der Auflassung erforderliche Erklärung unter gleichzeitiger Vorlegung des rechtskräftigen Urteils abgebe. Gegen diese Auffassung läßt sich die in RG. Bd. 53 S. 80 (vgl. auch RG. Bd. 27 S. 382) vertretene Ansicht geltend machen, nach welcher, wenn der Beklagte alternativ zu der Auflassung oder zu einer anderen Leistung verurteilt sei, der § 894 CPO., der ein Zwangsvollstreckungsverfahren

überhaupt entbehrlich mache, keine Anwendung finde, ein solches Verfahren vielmehr in der Art stattfinden müsse, daß auf Grund des § 887 CPO. der Kläger die dort vorgesehene Ermächtigung erwirke. Diese Ansicht würde, wenn man die Verurteilung des Beklagten zur Vornahme der Auflassung vor einer der zuständigen Stellen als alternative Verurteilung des Beklagten zu der Vornahme der Auflassung vor der einen oder der anderen Stelle auffaßte, dahin führen, daß auch in diesem Falle der § 894 CPO. keine Anwendung findet. Richtiger dürfte indessen sein, eine alternative Obligation in Fällen dieser Art nicht anzunehmen, eine Verurteilung der gedachten Art vielmehr dahin aufzufassen, daß die Erklärung des Beklagten, zu deren Abgabe er verurteilt ist, als in demjenigen Zeitpunkt erfolgt gilt, in welchem der Kläger die seinerseits zu der Auflassung erforderliche Erklärung vor einer der zuständigen Stellen abgibt (s. Erl. 3). Für den Beklagten besteht, da die von ihm abzugebende Erklärung nach CPO. § 894 als abgegeben gilt, keinerlei Interesse, ob die Auflassung vor der einen oder der anderen Stelle erfolgt. Für den Kläger aber besteht ein dringendes praktisches Interesse, auf diesem einfachen Wege zum Ziele zu gelangen (ähnlich Turnau-Förster Erl. I. 3 zu § 925; Staudinger, Erl. B II 4a zu § 925).

6. **Nicht erforderlich ist, daß der Veräußerer als Eigentümer im Grundbuch** eingetragen ist (Rspr. Bd. 2 S. 1). Nach der GBO. § 40 (vgl. jedoch § 41) soll die Eintragung des Eigentumsüberganges aber nur erfolgen, wenn der Veräußerer als Eigentümer eingetragen ist. Die Wirksamkeit der Auflassung ist hiervon aber nicht abhängig. Nach RG. Bd. 46 S. 225 liegt in der Auflassung von seiten des nicht eingetragenen Eigentümers die Abtretung des Anspruchs auf Berichtigung des Grundbuchs.

7. **Ist der Veräußerer nicht Eigentümer,** so ist trotzdem durch die von ihm vorgenommene Auflassung der Formvorschrift des § 925 genügt. Die Auflassung ist aber, da sie eine Verfügung ist, nach § 185 nur wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Eigentümers erfolgt; sie wird wirksam, wenn der Eigentümer sie genehmigt oder die anderen im § 185 Abs. 2 bezeichneten Umstände eintreten. Im Falle der Genehmigung von seiten des Eigentümers tritt Rückwirkung nach Maßgabe des § 184 ein. Die Genehmigung bedarf nicht der für die Auflassung vorgeschriebenen Form (§ 182 Abs. 2). Das Grundbuchamt darf den Übergang des Eigentums erst eintragen, wenn die gedachten die Wirksamkeit der Auflassung bedingenden Voraussetzungen grundbuchmäßig (GBO. § 29) nachgewiesen sind (RJA. Bd. 2 S. 250, Bd. 5 S. 418. KG. Bd. 23 S. A 136. Rspr. Bd. 2 S. 1, Bd. 5 S. 418. A.A. Eccius in DJZ. 1902 S. 62, 95 und in Gruch. Bd. 47 S. 66. S. hiergegen Erl. zu § 185. Vgl. auch Staudinger Aufl. II Erl. B II, 3c zu § 925). Aus der hier vertretenen Auffassung folgt auch, daß das Grundbuchamt die Aufnahme der Auflassung nicht deshalb verweigern darf, weil der Veräußerer in der Geschäftsfähigkeit oder in der Dispositionsbefugnis beschränkt ist (Rspr. Bd. 6 S. 473).

8. Die Vorschrift des § 925 findet auch Anwendung **auf die Übertragung eines Bruchteils des Eigentums (§ 741).** Sie findet auch Anwendung, wenn die Bruchteile, nach welchen mehreren das Miteigentum zusteht, geändert werden soll. Die Einigung muß nach Maßgabe des § 925 hier zwischen demjenigen, dessen Bruchteil vermindert werden soll, als Veräußerer und demjenigen Miteigentümer oder den mehreren Miteigentümern, deren Bruchteile erhöht werden sollen, als Erwerbern geschlossen werden (RG. Bd. 52 S. 174). Nach KG. Bd. 25 S. A 134 kann, wenn mehrere als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen sind, ohne daß die Bruchteile angegeben sind, auf übereinstimmenden Antrag der Eingetragenen, ohne daß es einer Auflassung bedarf, nachträglich eingetragen werden, daß die Bruchteile aller gleich sind, sofern nicht anzunehmen ist, daß sie ursprünglich zu anderen Bruchteilen erworben haben.

9. Bestritten und zweifelhaft ist die Frage, wie das Verhältnis zu beurteilen ist, wenn **das mehreren Personen nach Bruchteilen zustehende Eigentum in ein ihnen zur gesamten Hand** zustehendes Miteigentum oder umgekehrt ein Miteigentum der letzteren Art in ein Miteigentum der ersteren Art verwandelt werden soll. Im wesentlichen um dieselbe Frage handelt es sich nach dem bisherigen Rechte bei der durch mehrere Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft erfolgenden Einbringung eines ihnen nach Bruchteilen zustehenden Grundstücks in die Gesellschaft sowie bei der nach Auflösung der Gesellschaft erfolgenden Wiederumwandelung des Gesellschaftseigentums in ein Eigentum nach Bruchteilen. Das Reichsgericht hat angenommen, daß es in Fällen dieser Art einer Auflassung des Grundstücks nicht bedürfe. Es geht davon aus, daß die Eigentümer des Grundstücks vor und nach der Einbringung des Grundstücks in die Gesellschaft dieselben Personen sind, daß also ein Wechsel des Eigentums durch die Einbringung

nicht stattfindet, daß dadurch vielmehr das Grundstück nur eine Bestimmung erhält, die es zu einem dem Gesellschaftsvertrag entsprechenden Gegenstande der Rechte der Gesellschafter macht (RG. Bd. 25 S. 252; Bd. 30 S. 150). Diese Auffassung führt dazu, daß auch bei der Auflösung der Gesellschaft eine Auflassung des Grundstücks an die Gesellschafter nicht erforderlich ist. Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht das Kammergericht, indem es in den gedachten Fällen die Auflassung für notwendig erklärt (KG. Bd. 17 S. 44; vgl. Bd. 22 S. D 24). Für die Gesellschaft des BGB. dürfte die letztgedachte Auffassung den Vorzug verdienen. Die durch die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände bilden ein selbständiges Vermögen, das Gesellschaftsvermögen (§ 718). Es entsteht freilich keine juristische Person, sondern die Gesellschafter bleiben Subjekte des Gesellschaftsvermögens. Jeder Gesellschafter hat einen Anteil nicht nur an dem Vermögen im ganzen, sondern auch an allen einzelnen zu demselben gehörenden Gegenständen (§ 719). Hieraus ergibt sich nun allerdings, daß, wenn die Gesellschafter ein in ihrem Eigentume nach Bruchteilen stehendes Grundstück in die Gesellschaft einbringen, hierdurch ein Wechsel in der Person der Eigentümer nicht eintritt. Hiermit ist aber die Frage, um die es sich handelt, nicht entschieden. Es handelt sich vielmehr darum, ob die Anteile, welche den Gesellschaftern nach Bruchteilen zustanden, dieselben bleiben oder ob eine Änderung der Anteilsberechtigung eintritt. Das erstere kann nur dann angenommen werden, wenn man den Gesellschaftern an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen einen Anteil nach Bruchteilen und zwar nach denselben Bruchteilen zuschreibt, die sie vor der Einbringung des betreffenden Gegenstandes, hier also des Grundstücks hatten. Die Vorschrift des § 719 Abs. 1, nach welcher ein Gesellschafter über den ihm an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen zustehenden Anteil nicht verfügen kann, würde hiernach als eine durch die Gesellschaft eingetretene Verfügungsbeschränkung zu betrachten sein. Diese Auffassung entspricht indessen dem für die Gesellschaft maßgebenden Gedanken nicht. Nirgends wird in dem BGB. angedeutet, daß Anteile der Gesellschafter nach Bruchteilen, welche während des Bestehens der Gesellschaft nur latent sind, bestehen. Aus einer solchen Annahme würde sich das auffallende und mit der Behandlung des Gesellschaftsvermögens nicht vereinbare Resultat ergeben, daß die Anteilsrechte der Gesellschafter an den einzelnen Gegenständen verschiedene wären, je nachdem es sich um die von ihnen eingebrachten Gegenstände oder um solche Gegenstände handelt, welche von ihnen durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworben sind. An den ersteren, die den Gesellschaftern nach § 733 Abs. 2 nach Auflösung der Gesellschaft zurückzugewähren sind, würde ihnen ein Anteil nach denselben Bruchteilen zustehen, nach welchen ihr Anteil sich vor der Einbringung in die Gesellschaft bestimmte. An dem letzteren dagegen würde ihr Anteil, da der nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger und Erstattung der Einlagen verbleibende Überschuß den Gesellschaftern nach Verhältnis ihres Anteils am Gewinn gebührt (§ 734), sich nach denjenigen Bruchteilen bestimmen, welche sich aus ihrem Anteil am Gewinn ergeben. Dieses Ergebnis läßt sich nur vermeiden durch die Annahme, daß den Gesellschaftern überhaupt kein Anteil nach Bruchteilen zusteht. Auch das nach § 738 stattfindende Anwachsen des Anteils eines ausscheidenden Gesellschafters an die übrigen Gesellschafter erscheint bei dieser Annahme weit natürlicher als bei der entgegengesetzten. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand wie sie nach dem BGB. für die Gesellschaft angenommen wird, ist in der Tat eine ganz andere Gemeinschaft wie die Gemeinschaft nach Bruchteilen. Deshalb ist auch der Anteil, welchen die Gesellschafter durch Einbringung eines ihnen nach Bruchteilen zustehenden Gegenstandes, an diesem Gegenstand als Teil des Gesellschaftsvermögens erwerben, ein anderer, als der ihnen bisher zustehende Bruchteil. Ist dies richtig, so ergibt sich daraus, daß die Auflassung hier ebenso notwendig ist, wie wenn die Größe der Bruchteile geändert würde. Aus den dargelegten Grundsätzen ergibt sich, daß auch bei der Auflösung der Gesellschaft sowohl für die Rückgewähr eines von den Gesellschaftern eingebrachten Grundstücks (§ 733), als auch bei der Verteilung des Überschusses (§ 734), wenn diese dadurch erfolgt, daß die Gesellschafter ein Grundstück nach Bruchteilen erhalten, die Auflassung notwendig ist; ebenso bei der Übernahme des von der Gesellschaft betriebenen Geschäfts durch einen Gesellschafter (RJA. Bd. 2 S. 146; Bd. 3 S. 97; Bd. 5 S. 418. KG. Bd. 24 S. A 109. Rspr. Bd. 6 S. 114. Zu demselben Ergebnisse, jedoch mit teilweise anderer Begründung gelangen Fuchs, Grundbuchrecht S. 209ff.; Meyer, Die Eigentumsverhältnisse an einem in eine offene Handelsgesellschaft eingebrachten Grundstücke ꝛc. 1902; a. A. Böhm, Das Reichsgrundbuch S. 94).

Auch bei der Umwandelung eines nicht rechtsfähigen Vereins in einen rechtsfähigen ist die Auflassung von seiten der bisherigen Mitglieder an den rechtsfähigen Verein erforderlich; ebenso

ist im Falle der Auflösung eines rechtsfähigen Vereins die Auflassung von seiten der Liquidatoren an den Anfallberechtigten erforderlich, sofern dies nicht der Fiskus ist (Rspr. Bd. 5 S. 378). Ob bei der Änderung der Form einer Gesellschaft z. B der Umwandelung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft oder in eine Aktiengesellschaft oder in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder umgekehrt, Auflassung erforderlich ist, hängt davon ab, ob nach den für die betr. Gesellschafter geltenden Grundsätzen die Auflösung der bisherigen und die Gründung einer neuen Gesellschaft anzunehmen ist oder ob die bisherige Gesellschaft in veränderter Form bestehen bleibt.

Dieselben Grundsätze müssen auch bei dem Gesamtgute der Gütergemeinschaft Platz greifen. In betreff dieser war im E. I § 1344 ausdrücklich bestimmt, daß die zu dem Gesamtgute gehörenden Gegenstände den Ehegatten nicht nach Bruchteilen zustehen. Diese Bestimmung ist zwar von der zweiten Kommission durch die dem § 719 entsprechende Vorschrift ersetzt, daß ein Ehegatte nicht über seinen Anteil an den zu dem Gesamtgute gehörenden Gegenständen verfügen kann (§ 1442). Der Grund dieser Änderung lag aber lediglich darin, daß man eine Entscheidung über die juristische Konstruktion vermeiden wollte. Ausgeschlossen ist durch diese Änderung die hier vertretene Auffassung nicht. Bei der Auseinandersetzung nach Auflösung der Gütergemeinschaft fallen daher die zu dem Gesamtgute gehörenden Gegenstände den Ehegatten nicht von selbst zu gleichen Bruchteilen zu; vielmehr ist eine Übertragung und, wenn es sich um ein Grundstück handelt, die Auflassung an beide Ehegatten zu Bruchteilen erforderlich. Die Einbringung in die Gütergemeinschaft kommt hier nicht in Frage, da mit dem Eintritte der Gütergemeinschaft alle zu dem Vermögen beider Ehegatten gehörenden Gegenstände ipso jure gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten zur gesamten Hand werden (§ 1438).

Nach denselben Grundsätzen ist die Frage um die es sich hier handelt, bei der Erbengemeinschaft zu entscheiden (s. §§ 2033 Abs. 2, 2042 ff.; Erl. 3, 5 zu § 2033; Erl. zu § 2047. RG. Bd. 22 S. A 301; Bd. 24 S. A 106. Bayer. ObLG. S. 191, 532. Rspr. Bd. 5 S. 355, 357.

10. Die Einigung kann im Falle des § 925 **nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen** (§ 925 Abs. 2). Die Vorschrift gilt sowohl für aufschiebende wie für auflösende Bedingungen (nach dem E. I sollten letztere zulässig sein), ebenso für einen Anfangstermin wie für einen Endtermin. Die Hinzufügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung macht die Auflassung unwirksam. Die Eintragung darf daher auf Grund einer solchen Auflassung nicht erfolgen. Erfolgt sie trotzdem, so geht das Eigentum nicht über; das Grundbuch ist unrichtig und die Berichtigung kann verlangt werden. Die nichtige Auflassung wird auch nicht dadurch wirksam, daß die Bedingung eintritt (Rspr. Bd. 5 S. 251). Nur auf wirkliche Bedingungen nicht auf sog. Rechtsbedingungen bezieht sich aber die Vorschrift des Abs. 2 des § 925. Die der Auflassung von seiten eines Nichteigentümers hinzugefügte Bedingung, daß der Eigentümer die Auflassung genehmige, macht diese also nicht unwirksam.

Der Zweck, welcher nach dem bisherigen Rechte durch eine bedingte Eigentumsübertragung verfolgt wurde, kann jetzt im wesentlichen durch die Eintragung einer Vormerkung erreicht werden (§§ 883—888), insbesondere gilt dies auch in dem Falle, daß der Verkäufer eines Grundstücks, um sich die Zahlung des kreditierten Kaufpreises zu sichern, das Eigentum unter der Bedingung übertrug, daß der Kaufpreis rechtzeitig bezahlt würde. Bezweckt wurde durch ein solches Verfahren einerseits, dem Käufer dingliche Sicherheit zu gewähren, andererseits aber auch den Rückfall des Grundstücks an den Verkäufer für den Fall zu sichern, daß der Kaufpreis nicht rechtzeitig bezahlt würde. Jetzt können diese Zwecke dadurch erreicht werden, daß der Verkäufer die Auflassung unbedingt vornimmt, sich aber daneben von dem Käufer die Rückübertragung des Grundstücks für den Fall versprechen läßt, daß der Kaufpreis nicht rechtzeitig bezahlt werde und die hierdurch begründete bedingte Forderung durch eine gleichzeitig mit der Eintragung des Eigentumsüberganges erfolgende Eintragung einer Vormerkung sichert (§. 885; s. Erl. zu §§ 883, 888). Tritt die Bedingung ein und macht der Verkäufer sein Recht auf Rückübertragung des Grundstücks geltend, so werden die seit der Eintragung der Vormerkung von dem Käufer über das Grundstück getroffenen Verfügungen unwirksam (§ 883 Abs. 2) und der Verkäufer kann von demjenigen, zu deren Gunsten auf Grund einer solchen Verfügung eine Eintragung erfolgt ist, die Bewilligung zu der Löschung derselben verlangen (§ 888).

Für das nach dem bisherigen Rechte begründete widerrufliche Eigentum sind in den Ausführungsgesetzen zum Teil besondere Vorschriften gegeben (s. z. B. preuß. AG. zum BGB. Art. 25).

§. 926. Sind der Veräußerer und der Erwerber darüber einig, daß sich die Veräußerung auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Eigenthum an dem Grundstück auch das Eigenthum an den zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Zubehörstücken, soweit sie dem Veräußerer gehören. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sich die Veräußerung auf das Zubehör erstrecken soll.

Erlangt der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz von Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind, so finden die Vorschriften der §§. 932 bis 936 Anwendung; für den guten Glauben des Erwerbers ist die Zeit der Erlangung des Besitzes maßgebend.

---

11. **Das Kausalgeschäft** ist für die Wirksamkeit der Auflassung ohne Bedeutung. Die Auflassung hat aber nach §. 313 Satz 2 die Wirkung, daß der obligatorische Vertrag, durch welchen sich der eine Teil dem anderen Teile gegenüber zur Übertragung des Grundstücks verpflichtet hatte, wenn dieser Vertrag wegen Mangels der im §. 313 Satz 1 vorgeschriebenen Form nichtig war seinem ganzen Umfange nach gültig wird (s. Erl. zu § 313). Nach GBO. § 98 können die Landesgesetze bestimmen, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach BGB. § 313 erforderliche Urkunde vorgelegt wird. Aus einer solchen Bestimmung wird aber nicht gefolgert werden können, daß das Grundbuchamt die Entgegennahme der Auflassung auch dann verweigern darf, wenn eine eine Urkunde der fraglichen Art überhaupt nicht aufgenommen ist; vielmehr kann nur die Verlegung einer aufgenommenen Urkunde verlangt werden.

§ 926.

E. II § 839 rev. § 911; III § 910. P. II Bd. 3 S. 178 ff., 216 ff.

1. **Erstreckung der Veräußerung eines Grundstücks auf dessen Bestandteile und Zubehör.** Die Veräußerung eines Grundstücks erstreckt sich von selbst auf alle Bestandteile desselben, auf die wesentlichen unbedingt, auf die nicht wesentlichen nur, sofern sie nicht einem anderen als dem Veräußerer gehörten und nicht durch Vereinbarung unter den Parteien von der Veräußerung ausgeschlossen sind (s. Bd. I S. 130 Erl. 2 zu § 93 und Bd. III S. 108 Erl. I 1 zu § 892). Anders steht es mit dem Zubehör eines Grundstücks. Die Veräußerung eines Grundstücks erstreckt sich an sich nicht auf dessen Zubehörstücke. Diese sind selbstständige bewegliche Sachen und die Übertragung des Eigentums an ihnen bestimmt sich daher nach den für die Übertragung beweglicher Sachen geltenden Vorschriften der §§ 929 ff. Mit Rücksicht indessen auf die wirtschaftliche Einheit, welche ein Grundstück und dessen Zubehör bilden, hat das BGB. eine Reihe besonderer Vorschriften über das Rechtsverhältnis des Zubehörs gegeben (s. Bd. I S. 133 ff. Erl. zu § 97). Zu diesem gehört auch die Vorschrift des § 926 über die Veräußerung eines Grundstücks mit Zubehör. Der Abs. 1 Satz 1 bezieht sich auf den Fall, daß das Zubehör dem Eigentümer des Grundstücks gehört, der Abs. 2 auf die Fälle, in welchem die Zubehörstücke dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind.

2. **Der Abs. 1 stellt für den Fall, daß das Zubehör eines Grundstücks dem Veräußerer gehört,** in betreff des Überganges des Eigentums an den Zubehörstücken eine von den allgemeinen Grundsätzen über die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen (§§ 929—931) abweichende Regel auf. Zu dem Übergange des Eigentums soll weder die Übergabe (§ 929), noch ein dieselbe ersetzender Tatbestand (§§ 930, 931) erforderlich sein; es soll vielmehr die Einigung der Parteien darüber genügen, daß sich die Veräußerung des Grundstücks auch auf dessen Zubehör erstrecken solle. Mit dem Erwerbe des Eigentums an dem Grundstücke geht dann auch das Eigentum an den Zubehörstücken auf den Erwerber des Grundstücks über. Die Einigung darüber, daß sich die Veräußerung auch auf das Zubehör erstrecken soll, braucht nicht besonders erklärt zu sein; sie wird nach der auf demselben Gedanken wie der § 314 beruhenden Auslegungsregel des Abs. 1 Satz 2 als in der Auflassung (§ 925) mit erklärt angesehen. Da es sich hierbei aber nur um eine Auslegungsregel handelt, so ist der Gegenbeweis zulässig und dieser wird geführt, wenn aus den Umständen des Falles erhellt, daß auch nur ein Teil nicht die Absicht gehabt hat, die Veräußerung mit auf das Zubehör zu erstrecken. Praktisch wird hier regelmäßig nur der Veräußerer in Frage kommen. Von besonderer Wichtig-

keit für die Annahme eines von der fraglichen Auslegungsregel abweichenden Willens wird der der Auflassung zu Grunde liegende obligatorische Vertrag sein. Im einzelnen ist noch folgendes zu bemerken:

a) **Der Übergang des Eigentums an den Zubehörstücken erfolgt mit dem Erwerbe des Eigentums an dem Grundstücke.** Dieser vollzieht sich durch die Auflassung und die Eintragung (§§ 874, 925). In dem regelmäßigen Falle, in welchem die Eintragung der Auflassung nachfolgt, geht das Eigentum an den Zubehörstücken erst mit der Eintragung über. In diesem Zeitpunkte müssen die beiden Voraussetzungen, daß die in Frage kommenden Sachen Zubehör des Grundstücks sind und daß sie dem Veräußerer gehören, vorliegen. Haben daher die Sachen zwar bei der Auflassung dem Veräußerer gehört, sind aber in der Zwischenzeit zwischen der Auflassung und der Eintragung von ihm veräußert oder haben aus einem anderen Grunde aufgehört, sein Eigentum zu sein, so geht das Eigentum nach Maßgabe der Vorschrift des Abs. 1 nicht über; der Übergang kann hier vielmehr nur nach Maßgabe des Abs. 2 erfolgen. Auch eine in der Zwischenzeit etwa eintretende Belastung der Zubehörstücke bleibt bestehen (s. Erl. 4). Das Eigentum geht auch dann nicht über, wenn die Sachen in der fraglichen Zeit aufgehört haben, Zubehör des Grundstücks zu sein.

Ohne Einfluß auf den Übergang des Eigentums ist es, wenn der eine oder andere Teil nach der Auflassung aber vor der Eintragung stirbt oder geschäftsunfähig wird (§§ 130 Abs. 2, 925). Zweifelhaft kann sein, ob der § 878 Anwendung findet, ob also die Wirksamkeit der Auflassung dadurch nicht berührt wird, daß der Veräußerer vor der Eintragung aber nachdem die Auflassung erfolgt und der Antrag auf Eintragung gestellt ist, in der Verfügung über die Zubehörstücke beschränkt wird. Direkt bezieht sich der § 878 nur auf die das Grundstück selbst betreffenden Willenserklärungen. Nach dem Grunde aber, auf dem der § 878 beruht und nach dem Zwecke, den der § 926 Abs. 1 verfolgt, dürfte eine entsprechende Anwendung auf die in der Veräußerung mitbegriffenen Zubehörstücke sich rechtfertigen.

Sollte ausnahmsweise eine gültige Auflassung erst nach der Eintragung erfolgen, so müssen selbstverständlich alle den Übergang des Eigentums an den Zubehörstücken bedingenden Erfordernisse zur Zeit der Auflassung vorliegen.

b) **Nicht erforderlich ist, daß die Zubehörstücke zur Zeit der Auflassung oder der Eintragung im Besitze des Veräußerers gewesen sind.** Es bedarf nicht der Abtretung des Anspruchs des Veräußerers gegen den dritten Besitzer (§ 931). Häufig freilich wird durch das Aufgeben des Besitzes von seiten des Veräußerers auch die Zubehöreigenschaft aufgehoben werden und in diesem Falle gilt das unter a Gesagte. Wird aber durch den Verlust des Besitzes die Zubehöreigenschaft nicht aufgehoben (s. § 97 Abs. 2), so wird dadurch auch der Übergang des Eigentums nicht gehindert.

c) Ist die Einräumung des Besitzes des Grundstücks und der Zubehörstücke oder des letzteren allein schon vor der Auflassung erfolgt, so kann hierdurch das Eigentum an den Zubehörstücken schon vor der Auflassung nach den Grundsätzen über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen (§§ 929—931) erfolgt sein. Abgesehen hiervon ist es **gleichgültig, wann die Einräumung des Besitzes erfolgt.** Auch wenn unter den Parteien vereinbart ist, daß der Erwerber den Besitz des Grundstücks und der Zubehörstücke erst eine bestimmte Zeit nach der Auflassung und Eintragung erhalten solle, so geht doch das Eigentum an den Zubehörstücken schon mit dem Zeitpunkt über, in welchem das Eigentum an dem Grundstück übergeht. Es macht hierbei keinen Unterschied, in welchem obligatorischen Verhältnisse der Veräußerer in der Zwischenzeit zu dem Erwerber steht, insbesondere nicht ob er dem Erwerber gegenüber eine Verwaltungspflicht hat oder ob er das Grundstück und dessen Zubehör lediglich zu seinem eigenen Nutzen besitzt und gebraucht. Eine von dem Veräußerer in der Zwischenzeit getroffene Verfügung über die Zubehörstücke ist, weil er nicht mehr Eigentümer war, unbeschadet der Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben, unwirksam, weil der Veräußerer nicht mehr Eigentümer ist. Das gleiche gilt von einer Belastung. Auch das etwa durch Pfändung an den Zubehörstücken begründete Pfandrecht ist dem Erwerber gegenüber unwirksam. Im Konkurse des Veräußerers kann der Erwerber die Aussonderung auch der Zubehörstücke verlangen. Zu beachten ist übrigens, daß in der Vereinbarung, nach welcher das Grundstück nebst Zubehör erst zu einer späteren Zeit übergeben werden soll, möglicherweise in dem Sinne gemeint ist, daß das Eigentum des Zubehörs noch nicht sofort mit dem Erwerbe des Eigentums an dem Grundstück übergehen soll. Im Zweifel wird dies freilich nicht anzunehmen sein. Sollte es aber als die Absicht der Parteien erhellen, so liegt die Voraussetzung des § 926, daß die Parteien darüber einig geworden

oder sonst abhanden gekommen war (§ 935 Abs. 1). Die Vorschrift des § 935 Abs. 2 kommt nicht in Frage, weil die darin bezeichneten Ausnahmefälle hier nicht vorkommen können. sind, daß sich die Veräußerung des Grundstücks auf das Zubehör erstrecke, nicht vor. Der Übergang des Eigentums an den Zubehörstücken vollzieht sich in solchem Falle nach den allgemeinen Grundsätzen über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen.

d) Über die Voraussetzungen, unter welchen eine Sache Zubehör eines Grundstücks ist s. Bd. I S. 133—137 Erl. zu §§ 97, 98.

e) Der Beweis, daß die in Frage kommenden Sachen zu der nach a entscheidenden Zeit Eigentum des Veräußerers und Zubehör des Grundstücks gewesen sind, liegt dem Erwerber, der Beweis, daß die in der Auflassung liegende Einigung über die Veräußerung sich nicht mit auf das Zubehör erstreckt habe, demjenigen ob, welcher den Eigentumsübergang bestreitet.

3. Der Abs. 2 betrifft den Fall, daß der Veräußerer zu der nach Erl. 2a entscheidenden Zeit nicht Eigentümer der Zubehörstücke ist. Die für diesen Fall aufgestellte Regel schließt sich den Vorschriften über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen durch Veräußerung von seiten des Nichteigentümers an. Für die Anwendung der Regel ist, wie sich aus dem Verhältnisse des Abs. 1 zu dem Abs. 2 ergibt, aus dem Abs. 1 mit herüber zu nehmen die Voraussetzung, daß die Parteien darüber einig sind, daß sich die Veräußerung auch auf die Zubehörstücke erstrecken solle. Es gilt aber auch für den Abs. 2 die Auslegungsregel des Abs. 1 Satz 2. Im Zweifel ist also anzunehmen, daß die durch die Auflassung erklärte Veräußerung sich mit auf das Zubehör erstreckt. Die Regel des Abs. 2 geht dahin, daß unter den gedachten Voraussetzungen diejenigen Sachen, welche zu der nach Erl. 2a entscheidenden Zeit nicht im Eigentume des Veräußerers gestanden haben, welche aber zur Zeit der Auflassung Zubehör des Grundstücks gewesen sind, mit dem Erwerbe des Eigentums an dem Grundstücke nach Maßgabe der §§ 932—936 in das Eigentum des Erwerbers übergehen, wenn dieser auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt hat. Nach der Absicht des Gesetzes muß es für genügend gehalten werden, wenn der Besitz, auch bevor die Eintragung erfolgte, auf Grund der Auflassung erlangt ist. Im Halbsatze 2 wird dann auch der Zeitpunkt noch näher bestimmt, in welchem der gute Glaube des Erwerbers vorhanden sein muß. Aus der Anwendung der §§ 932—935 ergibt sich folgendes:

a) Der Erwerber erlangt das Eigentum, wenn ihm die Zubehörstücke nach Maßgabe des § 929 Satz 1 auf Grund der Veräußerung von dem Veräußerer übergeben werden (§ 932 Abs. 1 Satz 1). War der Erwerber bereits zur Zeit der Auflassung im Besitze, so genügt die Auflassung, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte (§ 932 Abs. 1 Satz 2). Der gute Glaube (§ 932 Abs. 2) muß zur Zeit der Erlangung des Besitzes oder in dem zuletzt gedachten Falle des § 932 Abs. 1 Satz 2 zur Zeit der Auflassung vorhanden sein.

b) Der Erwerb des mittelbaren Besitzes genügt nicht, wenn dieser durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses der im § 930 bezeichneten Art erfolgt; es muß in diesem Falle nach § 933 die Übergabe von seiten des Veräußerers an den Erwerber hinzutreten. Der gute Glaube muß in diesem Falle zur Zeit der Übergabe vorhanden sein.

c) Der Erwerb des mittelbaren Besitzes genügt, wenn er dadurch erfolgt, daß der Veräußerer den ihm als mittelbaren Besitzer gegen den vermittelnden Besitzer zustehenden Anspruch auf Herausgabe des Zubehörstücks an den Erwerber abtritt (§§ 931, 934). A. A. Turnau-Förster I Erl. zu §§ 929—936, der ohne genügenden Grund den § 926 Abs. 2 nur auf unmittelbaren Besitz bezieht. War der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer, so erlangt der Erwerber das Eigentum nicht schon durch die Abtretung des dem Veräußerer gegen den Dritten zustehenden Anspruchs auf Herausgabe des Zubehörstücks, sondern erst dadurch, daß er den Besitz desselben erlangt (§ 934). Der gute Glaube muß in dem erstgedachten Falle zur Zeit der Abtretung, in dem letztgedachten zur Zeit der Erlangung des Besitzes vorhanden sein. Die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des in dem Besitz eines Dritten befindlichen Zubehörstücks liegt nicht schon ohne weiteres in der Einigung über die Veräußerung der Zubehörstücke; sie muß vielmehr ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein; unter Umständen wird jedoch in jener Einigung eine stillschweigende Abtretung gefunden werden können.

d) Der Erwerber erwirbt das Eigentum an einem Zubehörstück, auch wenn eine der unter a—c gedachten Voraussetzungen vorliegt, nicht, wenn das Zubehörstück dem Eigentümer oder, falls dieser nur mittelbarer Besitzer war, dem vermittelnden Besitzer gestohlen, verloren

e) Über den Begriff des **guten Glaubens** s. § 932 Abs. 2. Dem Erwerber liegt nicht der Beweis ob, daß er zu der entscheidenden Zeit in gutem Glauben gewesen sei und daß die unter d bezeichneten Umstände nicht vorgelegen haben. Der Beweis, daß diese Voraussetzungen fehlen, liegt vielmehr demjenigen ob, welcher den Erwerb des Eigentumes bestreitet.

4. Nach § 926 Abs. 2 sollen die §§ 932—936 auch dann Anwendung finden, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung **den Besitz von Zubehörstücken erlangt, die mit Rechten Dritter belastet sind.** Gedacht ist hierbei daran, daß das Erlöschen dieser Rechte sich nach jenen Vorschriften bestimmen soll. Hiervon handelt direkt nur der § 936. Es ist dabei indessen folgendes zu bemerken:

a) **Hat der Erwerber das Eigentum der Zubehörstücke auf Grund des § 926 Abs. 1 erworben**, so würden nach dem Wortlaute des § 936 die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, 3 keine Anwendung finden, denn sie handeln von den Fällen, in welchen der Erwerb des Eigentums nach § 929 Satz 2 (brevi manu traditio), § 930 (constitutum possessorium) und § 931 (Abtretung des dem Veräußerer gegen einen Dritten zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der Sache), erfolgt; hier aber liegt in dem vorausgesetzten Falle eine andere Art des Erwerbes, nämlich durch Auflassung des Grundstücks vor. Hieraus scheint gefolgert werden zu müssen, daß für das Erlöschen der Rechte Dritter, welche an den in solcher Art erworbenen Zubehörstücken bestehen, lediglich die Vorschriften des § 936 Satz 1 und des § 926 Abs. 2 in Frage kommen. Die Rechte würden immer aber auch nur dann erlöschen, wenn der Erwerber das Eigentum nach § 926 Abs. 1 erworben und dann auf Grund der Veräußerung den Besitz der Zubehörstücke erlangt hat. Insbesondere also würden einerseits die fraglichen Rechte nicht erlöschen, wenn der Erwerber zur Zeit der Veräußerung bereits im Besitze der Zubehörstücke war (§ 929 Satz 2), denn in diesem Falle hat er den Besitz **nicht auf Grund der Veräußerung** erlangt und andererseits würde zum Erwerb ein constitutum possessorium (§ 930) genügen, weil der Erwerber hierdurch mittelbaren Besitz erlangt. Diese Ergebnisse entsprechen indessen schwerlich der Absicht des § 926 Abs. 2. Gedacht ist dabei offenbar daran, daß das Erlöschen der fraglichen Rechte unter denselben Voraussetzungen eintreten solle, unter welchen der Erwerber das Eigentum an Zubehörstücken erwirbt, welche dem Veräußerer nicht gehören. Dies ergibt sich aus der **Zusammenfassung** der beiden Fälle in einem Satze und daraus, daß auf beide Fälle die §§ 932—936 für anwendbar erklärt sind. Hiernach erlöschen die fraglichen Rechte, falls der Erwerber das Eigentum der Zubehörstücke durch Auflassung und Eintragung nach § 926 Abs. 1 erworben hat,

α) mit der Übergabe der Zubehörstücke an den Erwerber, falls dieser aber bereits im Besitze war und den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte, sofort mit dem Erwerbe des Eigentums,

β) wenn der Erwerber ein Verhältnis der im § 930 bezeichneten Art mit dem Veräußerer vereinbart hat und ihm die betreffenden Zubehörstücke von dem Veräußerer übergeben werden, er hierdurch also den unmittelbaren Besitz erwirbt,

γ) wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Zubehörstücke war und den ihm als solchem zustehenden Anspruch gegen einen Dritten auf Herausgabe der Sache dem Erwerber abgetreten hat,

δ) wenn der Erwerber, sofern die betreffenden Zubehörstücke zur Zeit seines Erwerbes in dem Besitz eines Dritten waren, deren Besitz auf Grund seines Eigentums erlangt hat. Die Abtretung des dem Veräußerer zustehenden Eigentumsanspruchs (§§ 931, 934) kann hier nicht in Frage kommen, weil der Veräußerer nach der Auflassung und Eintragung das Eigentum nicht mehr hatte, dieses vielmehr dadurch bereits auf den Erwerber übergegangen war. Es wird indessen keinem Bedenken unterliegen, diesen Fall ebenso zu behandeln, wie den Fall der Abtretung des Eigentumsanspruchs.

b) **War der Veräußerer nicht Eigentümer der Zubehörstücke**, so erlöschen die Rechte, welche Dritten daran zustehen, in demselben Zeitpunkt, in welchem der Erwerber nach Erl. 3 das Eigentum der Zubehörstücke erwirbt.

c) Die fraglichen Rechte erlöschen nicht, **wenn der Erwerber in Ansehung ihrer zu der unter a und b bezeichneten Zeit nicht in gutem Glauben war**, d. h. wenn er sie kannte oder seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhte.

5. Über die **Haftung des Zubehörs für Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden** s. §§ 1120—1122; über den Erwerb des Zubehörs im Falle der Zwangsversteigerung s. ZVG. §§ 55, 65, 90.

§. 927. Der Eigenthümer eines Grundstücks kann, wenn das Grundstück seit dreißig Jahren im Eigenbesitz eines Anderen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden. Die Besitzzeit wird in gleicher Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Ist der Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so ist das Aufgebotsverfahren nur zulässig, wenn er gestorben oder verschollen ist und eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zustimmung des Eigenthümers bedurfte, seit dreißig Jahren nicht erfolgt ist.

Derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, erlangt das Eigenthum dadurch, daß er sich als Eigenthümer in das Grundbuch eintragen läßt.

Ist vor der Erlassung des Ausschlußurtheils ein Dritter als Eigenthümer oder wegen des Eigenthums eines Dritten ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen worden, so wirkt das Urtheil nicht gegen den Dritten.

---

§ 927.

E. I § 873; II § 840 rev. § 912; III § 911. P. I S. 3960 ff., 6212, 6217, 6266, 6271, 11955; M. III S. 327 ff. P. II Bd. 3 S. 190 ff., Bd. 6 S. 232.

1. Die Vorschriften des § 927 gewähren einen Ersatz für die Ersitzung, die bei Grundstücken abgesehen von der Tabularersitzung nach dem BGB. nicht stattfindet. **Wer ein Grundstück dreißig Jahre lang im Eigenbesitze gehabt hat, soll ein Aufgebotsverfahren gegen den Eigentümer beantragen können und wenn der Eigentümer in diesem Verfahren durch Urteil ausgeschlossen ist, berechtigt sein zu verlangen, daß er selbst als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werde.** Nach dem E. I war hierbei nur an den Fall gedacht, daß jemand als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, aber seit langen Jahren verstorben ist. Es kommt bisweilen vor, daß ein Grundstück verkauft und der Besitz übertragen wird, die Auflassung aber unterbleibt. Der Besitzer hat dann auf Grund des Kaufvertrags einen Anspruch auf die Auflassung, aber die Realisierung dieses Anspruchs ist, wenn der eingetragene Eigentümer gestorben und seine Erben vielleicht unbekannt oder nicht aufzufinden sind, häufig sehr schwierig. Für solche und ähnliche Fälle, in welchen eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung besteht, aber auf dem regelmäßigen Wege deren Erfüllung nicht leicht erreicht werden kann, sollte nach dem E. I das Aufgebot dem Besitzer Hilfe gewähren und zwar nicht bloß in seinem Interesse, sondern auch im öffentlichen Interesse, um das Grundbuch wieder fähig zu machen, seinem Zwecke zu dienen. Von der zweiten Kommission sind auch solche Fälle mit berücksichtigt, in welchen ein Eigentümer im Grundbuch überhaupt nicht eingetragen ist. Man nahm an, daß auch für diese Fälle ein Bedürfnis der Abhilfe für den Besitzer bestehen könne und daß dieses am einfachsten ebenfalls durch die Zulassung eines Aufgebotsverfahrens befriedigt werden könne. Dem entspricht die Fassung des § 927.

2. **Das Aufgebotsverfahren gegen den Eigentümer eines Grundstücks findet nur dann statt, wenn ein anderer seit dreißig Jahren sich im Eigenbesitze des Grundstücks befindet.** Über den Begriff des Eigenbesitzes s. § 872 und die Erläuterungen dazu; auch mittelbarer Eigenbesitz genügt. Die dreißigjährige Besitzzeit wird in derselben Art berechnet wie die Ersitzungsfrist bei beweglichen Sachen. Es finden also Anwendung die §§ 938—944, insbesondere also die Vermutung, daß derjenige, welcher das Grundstück im Anfang und am Ende der dreißigjährigen Frist besessen, auch den Besitz in der Zwischenzeit gehabt hat (§ 938), ferner die Vorschriften über die Hemmung der Ersitzung (§ 939) sowie über deren Unterbrechung (§§ 940—942). Auch die Vorschriften der §§ 943, 944 über die Anrechnung des Besitzes eines Rechtsvorgängers und eines Erbschaftsbesitzers finden Anwendung. Hierbei ist indessen zu beachten, daß abweichend von den Vorschriften über die Ersitzung im Falle des § 927 guter Glaube des Eigenbesitzers nicht erforderlich ist. Hieraus ergibt sich, daß die Anrechnung der Besitzzeit des Rechtsvorgängers und des Erbschaftsbesitzers nicht davon abhängt, daß diese in gutem Glauben gewesen sind, sondern lediglich davon, daß sie das Grundstück im Eigenbesitze gehabt haben. Auch die vor dem Inkrafttreten des BGB. oder vor der Anlegung des Grundbuchs verstrichene Besitzzeit ist mit zu berücksichtigen. Der dreißigjährige Eigenbesitz genügt für das Aufgebotsverfahren, wenn niemand als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist. Dieser erst von der zweiten Kommission berücksichtigte Fall (s. Erl. 1) kann, nachdem das Grundbuch für den Bezirk, in welchem das Grundstück liegt, als angelegt anzusehen ist, nur vorkommen, wenn entweder

das Grundstück aus Versehen im Grundbuch ein Blatt nicht erhalten hat oder, wenn es sich um ein Grundstück handelt, das nach GBO. § 90 in das Grundbuch nicht eingetragen zu werden braucht oder, wenn das Eigentum an dem Grundstücke nach § 928 aufgegeben und von dem Fiskus nicht erworben ist. Auf Grundstücke, für welche das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, findet der § 927 keine Anwendung, weil der Verlust und der Erwerb des Eigentums an solchen Grundstücken sich nach EG. Art. 189 nach den bisherigen Gesetzen bestimmt. Auf Grundstücke aber, die nach der GBO. § 90 der Eintragung nicht bedürfen, findet der § 927 Anwendung, weil in betreff ihrer nach EG. Art. 127 nur die landesgesetzlichen Vorschriften über die Übertragung des Eigentums unberührt bleiben und es sich hier nicht um die Übertragung, sondern um den Verlust des Eigentums handelt.

3. Zu den in Erl. 2 bezeichneten Voraussetzungen des Aufgebotsverfahrens müssen noch **weitere Voraussetzungen hinzutreten, wenn der Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist.** Hierunter wird zu verstehen sein, daß jemand als Eigentümer eingetragen ist. Nicht erforderlich ist, daß der Eingetragene wirklich der Eigentümer ist (a. A. Fuchs, Grundbuchrecht S. 233 Nr. 4cc; Biermann, Erl. 1b zu § 927). Folgende Voraussetzungen müssen vorliegen:

a) Der als Eigentümer Eingetragene muß entweder gestorben oder verschollen sein. Ist er durch Urteil für tot erklärt, so wird sein Tod nach § 18 vermutet und dies genügt für das Aufgebotsverfahren. Die zweite Alternative, die der Verschollenheit, ist erst vom Bundesrate hinzugefügt. Der Begriff der Verschollenheit ist im BGB. nicht ausdrücklich definiert. Aus der Fassung der §§ 13, 14 ergibt sich aber, daß unter einem Verschollenen nicht wie im E. I derjenige zu verstehen ist, in Ansehung dessen die Voraussetzungen der Todeserklärung vorliegen, sondern derjenige, über dessen Leben oder Tod keine Nachricht vorliegt (s. Bd. I S. 69 Erl. 2 zu § 13; a. A. Fuchs, Grundbuchrecht S. 233 Nr. 4aa).

b) Eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zustimmung des Eigentümers bedurfte, darf seit dreißig Jahren nicht erfolgt sein. In den E. I und II war erfordert, daß dreißig Jahre seit dem Tode des eingetragenen Eigentümers verflossen seien. An die Stelle dieser Voraussetzung ist von dem Bundesrate die angeführte Voraussetzung gesetzt. Die Fälle, in welchen eine Eintragung der Zustimmung des Eigentümers bedarf, ergeben sich aus GBO. §§ 19, 20, 22 Abs. 2, 27 (vgl. BGB. § 880 Abs. 2 Satz 2). Es genügt nicht, daß eine Eintragung nicht erfolgt ist, die der Zustimmung des zuletzt eingetragenen Eigentümers bedurfte, vielmehr darf überhaupt in den letzten dreißig Jahren keine Eintragung erfolgt sein, zu welcher die Zustimmung des Eigentümers erforderlich war (a. A. Fuchs, Grundbuchrecht S. 233 Nr. 4bb). Hierfür spricht sowohl der Zweck als der Wortlaut der fraglichen Vorschrift. Durch das Aufgebotsverfahren wird nicht nur das Recht des zuletzt eingetragenen Eigentümers, sondern jedes Eigentümers betroffen und deshalb wird verlangt, daß in den letzten dreißig Jahren keine Eintragung erfolgt ist, bei welcher derjenige, welcher zu der Zeit dieser Eintragung Eigentümer war, sein Recht betätigt hat. Aus der entgegengesetzten Auffassung würde folgen, daß das Aufgebot zulässig wäre, wenn der zu der Zeit des Antrags auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens als Eigentümer Eingetragene erst wenige Monate vorher eingetragen und dann gestorben wäre, obwohl in den letzten dreißig Jahren vor seiner Eintragung wiederholt Eintragungen vorgekommen sind, die der Zustimmung des dermaligen Eigentümers bedurften. Dies kann nicht beabsichtigt sein, denn die fragliche Vorschrift soll ein Ersatz für die von dem von den E. I und II geforderten Ablauf einer dreißigjährigen Frist seit dem Tode des als Eigentümer Eingetragenen sein. Aus der hier vertretenen Auffassung ergibt sich insbesondere, daß, wenn die Eintragung des zuletzt als Eigentümer Eingetragenen innerhalb der letzten dreißig Jahre erfolgt ist, das Aufgebot unzulässig ist, weil jene Eintragung der Zustimmung des früheren Eigentümers bedurfte. Hierdurch und nur hierdurch wird annähernd derselbe Zweck erreicht, welchen die E. I und II mit dem Erfordernisse der dreißigjährigen Frist seit dem Tode des eingetragenen Eigentümers verfolgten.

4. Auf das **Aufgebotsverfahren** finden neben den allgemeinen Vorschriften der CPO. über das Aufgebotsverfahren die besonderen Bestimmungen der §§ 978—981 Anwendung. Zuständig ist hiernach das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück liegt. Antragsberechtigt ist derjenige, welcher das Grundstück seit dreißig Jahren im Eigenbesitze hat. Vor Einleitung des Verfahrens sind die oben in Erl. 2, 3 dargelegten Erfordernisse glaubhaft zu machen, in dem Falle unter Erl. 2 also lediglich der dreißigjährige Eigenbesitz, in dem Falle unter Erl. 3 außerdem, daß der eingetragene Eigentümer gestorben oder verschollen und daß in den letzten dreißig Jahren keine Eintragung erfolgt ist, welche der Zustimmung des Eigentümers bedurfte. In dem Auf-

§. 927. Der Eigenthümer eines Grundstücks kann, wenn das G… em Aufgebots-
dreißig Jahren im Eigenbesitz eines Anderen ist, im Wege des Auf… d rechtzeitig sein
mit seinem Rechte ausgeschlossen werden. Die Besitzzeit wird … en auszusetzen, bis
berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen S… dem Ausschlußurteile
tümer im Grundbuch eingetragen, so ist das Aufgebotsverf… bisherige Eigentümer des
er gestorben oder verschollen ist und eine Eintragung i… ßung beschränkt sich nicht auf
Zustimmung des Eigenthümers bedurfte, seit dreißig … ümer. Dies versteht sich in dem
… er überhaupt nicht eingetragen ist;
Derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwir… so, wenn der als Eigentümer Ein-
dadurch, daß er sich als Eigenthümer in das G… ngetragene wirkliche Eigentümer aus-
Ist vor der Erlassung des Ausschlußur… halten ist;
oder wegen des Eigenthums eines Dritten … des Ausschlußurteils als Eigentümer im
des Grundbuchs eingetragen worden, so … Dritter im Sinne dieser Vorschrift ist in dem
… Falle der Erl. 3 ein anderer als der bei der Ein-
… entümer Eingetragene. Aus welchem Grunde die
E. I § 873; II § 840 rev. § 912; III … Grund der Auflassung von seiten des bisher eingetragenen
M. III S. 327 ff. … gegen denselben erwirkten Berichtigung des Grundbuchs, ist

1. Die Vorschriften des § 927 … wegen dessen Eigentum vor dem Erlasse des Ausschlußurteils
abgesehen von der Tabularersitzun… eingetragen ist (§ 899).
Jahre lang im Eigenbesitze ge… Ausschlußurteils **wird nicht dadurch ausgeschlossen,** daß der Eigen-
antragen können und wenn … in der Erl. 5b, c bezeichneten Weise geltend gemacht hat,
ist, berechtigt sein zu ver… anderer als der … daß er gegen den eingetragenen Eigentümer auf Berichtigung oder
Nach dem E. I war hier… Herausgabe des Grundstücks geklagt hat. Er muß, um sein Recht zu
eingetragen, aber seit … Aufgebotsverfahren melden (CPO. § 953; s. oben Erl. 5a) oder die
verkauft und der Be… Widerspruchs im Grundbuch erwirken. Hat der Eigentümer gegen den Besitzer
auf Grund des K… Grundstücks geklagt und ergeht während des Prozesses das Ausschlußurteil,
Anspruchs ist, … Beklagte auf Grund desselben die Abweisung der Klage verlangen. Würde der
oder nicht an… rechtskräftig verurteilt, so würde ihn nun freilich die Wirkung des rechts-
eine Verpfli… Urteils hindern, das Ausschlußurteil gegen den Kläger geltend zu machen. Wird der
Erfüllung … Beklagte vor dem Erlasse des Ausschlußurteils rechtskräftig verurteilt, so verliert der Kläger das
Hilfe ge… dadurch begründete Recht, wenn später das Ausschlußurteil erfolgt. Hat der Kläger auf Grund
um d… des gegen den Beklagten erstrittenen Urteils schon vor dem Ausschlußurteile den Besitz des
miss… Grundstücks erlangt, so kann er das Ausschlußurteil möglicherweise nach CPO. § 957 Abs. 1
ha… Nr. 1 anfechten.
ff…

7. Mit **dem Erlasse des Ausschlußurteils wird das Grundstück,** da das Recht des Eigentümers daran ausgeschlossen ist, **herrenlos.** Das **Recht der Aneignung** des herrenlosen Grundstücks steht demjenigen und nur demjenigen zu, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat. Die Aneignung erfolgt dadurch, daß der Berechtigte sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt. Er hat zu diesem Zwecke eine Ausfertigung des Ausschlußurteils vorzulegen (GBO. §§ 13, 29). Der Antrag an das Grundbuchamt auf Eintragung hat den Charakter eines einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts. Die Eintragung ist ausgeschlossen, wenn vor dem Erlasse des Ausschlußurteils ein Dritter als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist (s. oben Erl. 5b). Die Eintragung eines Widerspruchs vor dem Erlaß eines Ausschlußurteils hindert die Eintragung nicht. Der durch den Widerspruch Geschützte kann aber, wenn er sein Eigentum nachweist, die Berichtigung des Grundbuchs gegen den eingetragenen Aneignungsberechtigten verlangen.

Ist nach dem Erlasse des Ausschlußurteils ein Dritter als Eigentümer eingetragen, etwa auf Grund einer Auflassung des bisher eingetragenen Eigentümers oder auf Grund einer gegen denselben erwirkten Berichtigung des Grundbuchs, so kann diese Eintragung das Recht des Aneignungsberechtigten nicht beeinträchtigen. Zweifelhaft kann sein, welche juristische Konstruktion in dieser Beziehung zu Grunde zu legen ist. Man kann möglicherweise dem Ausschlußurteile die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung beilegen (so z. B. Fuchs, Grundbuchrecht S. 234 Nr. 6bb). Einfacher und natürlicher dürfte es sein, davon auszugehen, daß das Aneignungsrecht ein absolutes Recht ist und daß darauf, obwohl es noch nicht Eigentum ist, doch in der

[illegible]8. Das Eigenthum an einem Grundstücke kann dadurch aufgegeben [illegible]er Eigenthümer den Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt [illegible] in das Grundbuch eingetragen wird.

[illegible] die Vorschriften über das Eigentum entsprechende Anwendung finden. [illegible]vendung des § 894 ergibt sich dann, daß der Aneignungsberechtigte [illegible]schlußurteils als Eigentümer Eingetragenen die Berichtigung des [illegible]durch seine Eintragung als Eigentümer erwirken kann. Zu [illegible]tragenen müssen indessen die Vorschriften des § 892 über den [illegible] finden. Ist daher seine Eintragung auf Grund einer Auf[illegible]genen Eigentümers oder dessen Erben erfolgt, so ist sein [illegible]gesichert, sofern nicht ein Widerspruch zu dessen Gunsten [illegible] Ausschlußurteil bekannt war. Hatte der Erwerber das [illegible]gen und ist dieser als Eigentümer eingetragen, so steht diesem, [illegible]ragene nicht in gutem Glauben gewesen, selbständig der Schutz des [illegible] Aneignungsberechtigte sein Recht durch Eintragung eines Widerspruchs [illegible] von der Beantwortung der schon oben erwähnten Frage ab, ob die Vor[illegible] Eigentum in der hier fraglichen Beziehung auf das Aneignungsrecht entsprechende [illegible]nden. Ist diese Frage, wie oben angenommen ist, zu bejahen, so kann der An[illegible]berechtigte nach Maßgabe des § 899 die Eintragung eines Widerspruchs erwirken.

8. Rechte Dritter, mit welchen das Grundstück belastet ist, werden weder durch das Ausschlußurteil noch durch die Eintragung des Aneignungsberechtigten berührt. Sie sind bis zu dem Ausschlußurteile gegen den bisherigen Eigentümer nach der Eintragung des Aneignungsberechtigten gegen diesen geltend zu machen. Über das Verhältnis während der Zwischenzeit fehlt es an einer Vorschrift. Die Bestimmungen der CPO. §§ 58, 787 anzuwenden ist nicht unbedenklich, weil beide Paragraphen ausdrücklich nur von dem Falle sprechen, in welchem das Grundstück durch Dereliktion nach § 928 herrenlos geworden ist. Bei der völligen Gleichheit der Sachlage in der hier fraglichen Beziehung dürfte sich indessen doch eine entsprechende Anwendung jener Vorschriften auch im Falle des § 927 rechtfertigen lassen und zwar umsomehr, als sich eine Beeinträchtigung der Rechte dritter Personen ohne Anwendung jener Paragraphen schwerlich vermeiden läßt. Über das Nähere in betreff der fraglichen Vorschriften s. Erl. 7 zu § 928.

9. **Die Vorschriften des § 927 finden auch auf das Miteigentum nach Bruchteilen Anwendung.** Das Aufgebot kann also für den Anteil eines Miteigentümers erfolgen. Durch das ergehende Ausschlußurteil wird dieser Anteil herrenlos. Die vom prinzipiellen Standpunkte nicht zweifellose Frage, ob der Anteil dadurch den Miteigentümern anwächst oder entsprechend den Vorschriften über das Eigentum an dem Grundstück im Ganzen nur der Aneignung von seiten desjenigen unterliegt, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, wird von dem Standpunkt aus, welchen das BGB. einnimmt, in dem letzteren Sinne zu beantworten sein (vgl. §§ 741, 747, 1008). Im E. I § 950 war dies ausdrücklich bestimmt. Von der zweiten Kommission ist der § 950 gestrichen, nachdem verschiedene Anträge, welche das Anwachsungsrecht anerkennen wollten, abgelehnt waren. Ein Antrag, welcher wenigstens für den Fall des § 928 den Miteigentümern ein Aneignungsrecht gewähren wollte, war zunächst angenommen, fiel dann aber mit der Streichung des ganzen Paragraphen wieder weg. Die Streichung erfolgte in der Absicht, die Frage der Wissenschaft zu überlassen. Die Mehrheit der Kommission war aber der oben dargelegten Ansicht.

Auf die bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand den Teilnehmern zustehenden Anteile findet der § 927 keine Anwendung.

§ 928.

E. I § 872; II § 841 rev. § 913; III § 912. P. 1 S. 3933 ff.; M. III S. 324 ff. P. II Bd. 3 S. 184 ff., Bd. 6 S. 232 f. RB. S. 2000. StB. S. 2788.

1. **Der Eigentümer kann sein Eigentum aufgeben.** Zu dem Aufgeben des Eigentums an einer beweglichen Sache ist nur die Aufgabe des Besitzes in der Absicht, das Eigentum aufzugeben, erforderlich (§ 959). Die Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück ist formalisiert. Es bedarf dazu nach § 928 Abs. 1 der Erklärung des Verzichts von seiten des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und der Eintragung in das Grundbuch. Zu der Aneignung

gebot ist der Eigentümer des Grundstücks aufzufordern, sein Recht spätestens in dem Aufgebotstermin anzumelden, widrigenfalls er damit ausgeschlossen werde. Meldet jemand rechtzeitig sein Eigentum an, so ist nach den Umständen des Falles entweder das Verfahren auszusetzen, bis eine Entscheidung über das angemeldete Recht erfolgt ist oder das Recht in dem Ausschlußurteile vorzubehalten (CPO. § 953).

5. **Die Wirkung des Ausschlußurteils** besteht darin, daß der bisherige Eigentümer des Grundstücks mit seinem Rechte ausgeschlossen wird. Die Ausschließung beschränkt sich nicht auf den als Eigentümer Eingetragenen, sondern trifft jeden Eigentümer. Dies versteht sich in dem in Erl. 2 bezeichneten Falle von selbst, da hier ein Eigentümer überhaupt nicht eingetragen ist; es gilt aber auch für den Fall in Erl. 3 und es wird also, wenn der als Eigentümer Eingetragene in Wirklichkeit nicht Eigentümer war, der nicht eingetragene wirkliche Eigentümer ausgeschlossen. Die Ausschließung wirkt aber nicht

a) gegen denjenigen, dessen Recht im Urteile vorbehalten ist;

b) gegen einen Dritten, der vor dem Erlasse des Ausschlußurteils als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist (§ 927 Abs. 3). Ein Dritter im Sinne dieser Vorschrift ist in dem Falle der Erl. 2 jeder Eingetragene, in dem Falle der Erl. 3 ein anderer als der bei der Einleitung des Aufgebotsverfahrens als Eigentümer Eingetragene. Aus welchem Grunde die Eintragung erfolgt ist, ob z. B. auf Grund der Auflassung von seiten des bisher eingetragenen Eigentümers oder auf Grund einer gegen denselben erwirkten Berichtigung des Grundbuchs, ist gleichgültig;

c) gegen denjenigen Dritten, wegen dessen Eigentum vor dem Erlasse des Ausschlußurteils ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen ist (§ 899).

6. **Die Wirkung des Ausschlußurteils wird nicht dadurch ausgeschlossen,** daß der Eigentümer sein Recht in anderer als der in der Erl. 5b, c bezeichneten Weise geltend gemacht hat, insbesondere nicht dadurch, daß er gegen den eingetragenen Eigentümer auf Berichtigung oder gegen den Besitzer auf Herausgabe des Grundstücks geklagt hat. Er muß, um sein Recht zu sichern, sich entweder im Aufgebotsverfahren melden (CPO. § 953; s. oben Erl. 5a) oder die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch erwirken. Hat der Eigentümer gegen den Besitzer auf Herausgabe des Grundstücks geklagt und ergeht während des Prozesses das Ausschlußurteil, so kann der Beklagte auf Grund desselben die Abweisung der Klage verlangen. Würde der Beklagte trotzdem rechtskräftig verurteilt, so würde ihn nun freilich die Wirkung des rechtskräftigen Urteils hindern, das Ausschlußurteil gegen den Kläger geltend zu machen. Wird der Beklagte vor dem Erlasse des Ausschlußurteils rechtskräftig verurteilt, so verliert der Kläger das dadurch begründete Recht, wenn später das Ausschlußurteil erfolgt. Hat der Kläger auf Grund des gegen den Beklagten erstrittenen Urteils schon vor dem Ausschlußurteile den Besitz des Grundstücks erlangt, so kann er das Ausschlußurteil möglicherweise nach CPO. § 957 Abs. 1 Nr. 1 anfechten.

7. **Mit dem Erlasse des Ausschlußurteils wird das Grundstück,** da das Recht des Eigentümers daran ausgeschlossen ist, **herrenlos.** Das Recht der Aneignung des herrenlosen Grundstücks steht demjenigen und nur demjenigen zu, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat. Die Aneignung erfolgt dadurch, daß der Berechtigte sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt. Er hat zu diesem Zwecke eine Ausfertigung des Ausschlußurteils vorzulegen (GBO. §§ 13, 29). Der Antrag an das Grundbuchamt auf Eintragung hat den Charakter eines einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts. Die Eintragung ist ausgeschlossen, wenn vor dem Erlasse des Ausschlußurteils ein Dritter als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist (s. oben Erl. 5b). Die Eintragung eines Widerspruchs vor dem Erlaß eines Ausschlußurteils hindert die Eintragung nicht. Der durch den Widerspruch Geschützte kann aber, wenn er sein Eigentum nachweist, die Berichtigung des Grundbuchs gegen den eingetragenen Aneignungsberechtigten verlangen.

Ist nach dem Erlasse des Ausschlußurteils ein Dritter als Eigentümer eingetragen, etwa auf Grund einer Auflassung des bisher eingetragenen Eigentümers oder auf Grund einer gegen denselben erwirkten Berichtigung des Grundbuchs, so kann diese Eintragung das Recht des Aneignungsberechtigten nicht beeinträchtigen. Zweifelhaft kann sein, welche juristische Konstruktion in dieser Beziehung zu Grunde zu legen ist. Man kann möglicherweise dem Ausschlußurteile die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung beilegen (so z. B. Fuchs, Grundbuchrecht S. 234 Nr. 6bb). Einfacher und natürlicher dürfte es sein, davon auszugehen, daß das Aneignungsrecht ein absolutes Recht ist und daß darauf, obwohl es noch nicht Eigentum ist, doch in der

§. 928. Das Eigenthum an einem Grundstücke kann dadurch aufgegeben werden, daß der Eigenthümer den Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird.

---

hier fraglichen Beziehung die Vorschriften über das Eigentum entsprechende Anwendung finden. Aus der entsprechenden Anwendung des § 894 ergibt sich dann, daß der Aneignungsberechtigte von dem nach Erlaß des Ausschlußurteils als Eigentümer Eingetragenen die Berichtigung des Grundbuchs verlangen und dadurch seine Eintragung als Eigentümer erwirken kann. Zu Gunsten des als Eigentümer Eingetragenen müssen indessen die Vorschriften des § 892 über den Glauben des Grundbuchs Anwendung finden. Ist daher seine Eintragung auf Grund einer Auflassung von seiten des bisher eingetragenen Eigentümers oder dessen Erben erfolgt, so ist sein Recht gegen den Aneignungsberechtigten gesichert, sofern nicht ein Widerspruch zu dessen Gunsten eingetragen oder dem Erwerber das Ausschlußurteil bekannt war. Hatte der Erwerber das Grundstück einem Dritten übertragen und ist dieser als Eigentümer eingetragen, so steht diesem, auch wenn der zuerst Eingetragene nicht in gutem Glauben gewesen, selbständig der Schutz des § 892 zur Seite. Ob der Aneignungsberechtigte sein Recht durch Eintragung eines Widerspruchs sichern kann, hängt von der Beantwortung der schon oben erwähnten Frage ab, ob die Vorschriften über das Eigentum in der hier fraglichen Beziehung auf das Aneignungsrecht entsprechende Anwendung finden. Ist diese Frage, wie oben angenommen ist, zu bejahen, so kann der Aneignungsberechtigte nach Maßgabe des § 899 die Eintragung eines Widerspruchs erwirken.

8. **Rechte Dritter, mit welchen das Grundstück belastet ist,** werden weder durch das Ausschlußurteil noch durch die Eintragung des Aneignungsberechtigten berührt. Sie sind bis zu dem Ausschlußurteile gegen den bisherigen Eigentümer nach der Eintragung des Aneignungsberechtigten gegen diesen geltend zu machen. Über das Verhältnis während der Zwischenzeit fehlt es an einer Vorschrift. Die Bestimmungen der CPO. §§ 58, 787 anzuwenden ist nicht unbedenklich, weil beide Paragraphen ausdrücklich nur von dem Falle sprechen, in welchem das Grundstück durch Dereliktion nach § 928 herrenlos geworden ist. Bei der völligen Gleichheit der Sachlage in der hier fraglichen Beziehung dürfte sich indessen doch eine entsprechende Anwendung jener Vorschriften auch im Falle des § 927 rechtfertigen lassen und zwar umsomehr, als sich eine Beeinträchtigung der Rechte dritter Personen ohne Anwendung jener Paragraphen schwerlich vermeiden läßt. Über das Nähere in betreff der fraglichen Vorschriften s. Erl. 7 zu § 928.

9. **Die Vorschriften des § 927 finden auch auf das Miteigentum nach Bruchteilen Anwendung.** Das Aufgebot kann also für den Anteil eines Miteigentümers erfolgen. Durch das ergehende Ausschlußurteil wird dieser Anteil herrenlos. Die vom prinzipiellen Standpunkte nicht zweifellose Frage, ob der Anteil dadurch den Miteigentümern anwächst oder entsprechend den Vorschriften über das Eigentum an dem Grundstück im Ganzen nur der Aneignung von seiten desjenigen unterliegt, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, wird von dem Standpunkt aus, welchen das BGB. einnimmt, in dem letzteren Sinne zu beantworten sein (vgl. §§ 741, 747, 1008). Im E. 1 § 950 war dies ausdrücklich bestimmt. Von der zweiten Kommission ist der § 950 gestrichen, nachdem verschiedene Anträge, welche das Anwachsungsrecht anerkennen wollten, abgelehnt waren. Ein Antrag, welcher wenigstens für den Fall des § 928 den Miteigentümern ein Aneignungsrecht gewähren wollte, war zunächst angenommen, fiel dann aber mit der Streichung des ganzen Paragraphen wieder weg. Die Streichung erfolgte in der Absicht, die Frage der Wissenschaft zu überlassen. Die Mehrheit der Kommission war aber der oben dargelegten Ansicht.

Auf die bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand den Teilnehmern zustehenden Anteile findet der § 927 keine Anwendung.

§ 928.

E. I § 872; II § 841 rev. § 913; III § 912. M. I S. 3933 ff.; M. III S. 324 ff. P. II Bd. 3 S. 184 ff., Bd. 6 S. 232 f. RB. S. 2000. StB. S. 2788.

1. **Der Eigentümer kann sein Eigentum aufgeben.** Zu dem Aufgeben des Eigentums an einer beweglichen Sache ist nur die Aufgabe des Besitzes in der Absicht, das Eigentum aufzugeben, erforderlich (§ 959). Die Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück ist formalisiert. Es bedarf dazu nach § 928 Abs. 1 der Erklärung des Verzichts von seiten des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und der Eintragung in das Grundbuch. Zu der Aneignung

Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks steht dem Fiskus des Bundesstaats zu, in dessen Gebiete das Grundstück liegt. Der Fiskus erwirbt das Eigenthum dadurch, daß er sich als Eigenthümer in das Grundbuch eintragen läßt.

---

einer herrenlosen beweglichen Sache ist jeder berechtigt, zu der Aneignung eines herrenlos gewordenen Grundstücks nur der Fiskus des Bundesstaats, in welchem das Grundstück liegt (s. jedoch EG. Art. 129). Die Aneignung erfolgt bei einer beweglichen Sache durch die Ergreifung des Eigenbesitzes (§ 958), bei einem Grundstücke dadurch, daß sich der Aneignungsberechtigte in das Grundbuch eintragen läßt.

2. Zu dem Aufgeben des Eigentums ist erforderlich:

a) Verzicht des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte.

α) Der Verzicht ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Es finden darauf also alle Vorschriften, welche für Rechtsgeschäfte gelten, Anwendung, insbesondere die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit und über Willensmängel. Der Verzicht kann, da eine dem § 925 Abs. 2 entsprechende Vorschrift hier nicht gegeben ist, auch unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen (a. A. Matthiaß I S. 56); der § 16 der GBO. steht dem nicht entgegen.

β) Der Verzicht muß dem Grundbuchamte gegenüber erfolgen. Es finden darauf also die Vorschriften des § 130 Abs. 1, 2 über empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte Anwendung (§ 130 Abs. 3). Nur gegenüber, nicht vor dem Grundbuchamte muß der Verzicht erklärt werden. Die Beobachtung der in der GBO. § 29 vorgeschriebenen Form ist nicht Bedingung der Gültigkeit des Verzichts und der Eintragung; nur das Grundbuchamt wird durch den § 29 verpflichtet ohne Beobachtung der darin vorgeschriebenen Form die Eintragung nicht vorzunehmen.

γ) Der Verzicht muß durch den Eigentümer erfolgen. Nach GBO. § 40 soll die Eintragung nicht erfolgen, wenn der Eigentümer nicht als solcher im Grundbuch eingetragen ist. Auch dies ist aber nur eine Vorschrift für das Grundbuchamt. Ist der Verzichtende wirklich Eigentümer, so wird die Wirksamkeit des Verzichts nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verzichtende nicht als Eigentümer eingetragen ist. Andererseits ist der Verzicht des als Eigentümer Eingetragenen unwirksam, wenn dieser nicht wirklich Eigentümer war.

δ) Der Verzicht enthält eine Verfügung über das Grundstück. Er ist also nur wirksam, wenn der Verzichtende verfügungsberechtigt ist und sofern er zu der Verfügung der Einwilligung eines Dritten bedarf, diese erfolgt ist. Eine Ehefrau z. B. kann also auf ein zu ihrem eingebrachten Gute gehörendes Grundstück nicht ohne Einwilligung des Ehemanns verzichten (§§ 1395, 1398). Über eine Verfügungsbeschränkung, die nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt (§ 135) s. unten Erl. 8.

b) Eintragung des Verzichts in das Grundbuch. Nach GBO. § 13 soll eine Eintragung, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nur auf Antrag erfolgen. Der Antrag wird hier aber immer schon in der Erklärung des Verzichts gegenüber dem Grundbuchamte zu finden sein. Keinenfalls ist der Antrag eine materielle Voraussetzung, von deren Vorliegen die Gültigkeit der Eintragung abhängt.

3. Widerruf des Verzichts. Erst wenn beiden in Erl. 2 angeführten Erfordernissen genügt ist, erlischt das Eigentum. Es fragt sich aber und ist bestritten, ob der dem Grundbuchamte gegenüber erklärte Verzicht widerrufen werden kann, solange die Eintragung noch nicht erfolgt ist. Wirksam wird der Verzicht nach § 130 mit dem Zeitpunkt, in welchem die Verzichtserklärung dem Grundbuchamte zugeht. Daraus allein folgt indessen noch nicht, daß der Verzicht nicht mehr widerrufen werden kann. Dies hängt vielmehr von der allgemeineren Frage ab, ob ein einmal wirksam gewordenes Rechtsgeschäft in Ermangelung einer besonderen Vorschrift noch widerrufen werden kann. Im allgemeinen wird diese Frage zu verneinen sein (s. Bd. I S. 181 Vorbm. VI 3). Ein Zweifel entsteht hier dadurch, daß der mit dem Verzichte bezweckte rechtliche Erfolg erst mit dem Hinzutreten des weiteren Erfordernisses der Eintragung eintritt. Immerhin hat aber doch auch schon der dem Grundbuchamte gegenüber erklärte Verzicht für sich allein eine bestimmte Wirksamkeit, die nämlich, daß der Verzicht die genügende Grundlage für die Eintragung bildet. Diese Wirksamkeit kann durch Widerruf nicht wieder rückgängig gemacht werden. Daß diese Auffassung dem Standpunkte des BGB. entspricht, wird bestätigt durch die Vorschrift des § 875 Abs. 2, nach welcher der nach Maßgabe des Abs. 1 erklärte Verzicht auf ein Recht an einem Grundstücke für den Verzichtenden vor der Löschung nur bindend ist, wenn die im Abs. 2

bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Das Gesetz geht also davon aus, daß ohne diese Vorschrift der Verzicht ohne weiteres bindend sein würde. Dazu kommt, daß die eine der Voraussetzungen, unter welchen nach Abs. 2 des § 875 der Verzicht bindend ist, in der Abgabe der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte besteht, und daß diese Voraussetzung in dem hier fraglichen Falle immer vorliegen muß, weil von ihr die Wirksamkeit des Verzichts abhängt. In dem § 876 wird freilich ausdrücklich bestimmt, daß die erforderliche Zustimmung desjenigen, welchem ein Recht an dem aufzuhebenden Rechte zusteht, wenn sie in der vorgeschriebenen Art erfolgt ist, unwiderruflich sei. Diese besondere Bestimmung war hier aber notwendig, weil unter der Zustimmung auch die Einwilligung mitbegriffen ist und für diese nach § 183 die von dem allgemeinen Grundsatz abweichende Regel gilt, daß sie bis zu der Vornahme des Rechtsgeschäfts, zu welcher sie erfolgt, widerruflich ist. In der zweiten Kommission wurde ein Antrag, auch im Falle des § 928 die Unwiderruflichkeit ausdrücklich auszusprechen, abgelehnt, weil eine solche Bestimmung entbehrlich sei und der Entscheidung der Wissenschaft überlassen werden könne. Es wurde dabei zwar hervorgehoben, daß ein Zweifel aus der gedachten Vorschrift des § 876 abgeleitet werden könne; die Mehrheit war aber der Ansicht, daß die Frage trotzdem in dem oben dargelegten Sinne entschieden werden müsse (P. II Bd. 3 S. 190). In der RTK. kam die Frage noch wieder zur Sprache. Ein Antrag, die Unwiderruflichkeit auszusprechen, wurde aber zurückgezogen, nachdem die Vertreter der Regierungen erklärt hatten, daß die beantragte Vorschrift sich aus den Grundsätzen des BGB. von selbst ergebe und daher selbstverständlich sei (KB. S. 2000). Hiernach muß der Verzicht auch schon vor der Eintragung als unwiderruflich angesehen werden (ebenso, obwohl zum Teil aus anderen Gründen, Biermann S. 71 Anm. 1 zu § 928; Fuchs, Grundbuchrecht S. 237 Anm. zu § 928 Nr. 2d; a. A. Böhm S. 106; Goldmann-Lilienthal S. 285 Nr. 5; Kuhlenbeck, Erl. 1 zu § 928; Matthiaß, I S. 56).

4. **Mit dem Erlöschen des Eigentums** (s. oben Erl. 2) **wird das Grundstück herrenlos.** Dies gilt von allen Bestandteilen des Grundstücks, von den nicht wesentlichen jedoch nur dann, wenn sie dem Verzichtenden gehörten. Es gilt dies insbesondere auch von den Rechten, welche nach § 96 Bestandteile des Grundstücks sind. Sie erlöschen nicht, aber mit dem Aufhören des Eigentums an dem Grundstücke fehlt es an einem Berechtigten für jene Rechte; mit der Aneignung des Grundstücks durch den Fiskus erwirbt dieser auch die fraglichen Rechte auf Bestandteile des Grundstücks. Das Zubehör des Grundstücks wird durch den Verzicht nicht berührt. Das Eigentum daran kann nur nach Maßgabe des § 959 aufgegeben werden. Selbstverständlich wird auch das in betreff des Grundstücks bestehende Besitzverhältnis, dadurch, daß das Grundstück herrenlos ist, nicht berührt.

5. **Zur Aneignung des herrenlos gewordenen Grundstücks ist der Fiskus des Bundesstaats berechtigt,** in dessen Gebiete das Grundstück liegt. Nach EG. Art. 129 bleiben die Landesgesetze unberührt, nach welchen das Recht zur Aneignung einer anderen bestimmten Person zusteht. Dem primus occupans kann das Aneignungsrecht nicht beigelegt werden. Erfolgt die Aneignung durch den Berechtigten nicht, so bleibt das Grundstück herrenlos. Der Besitzer kann indessen das Eigentum nach Maßgabe des § 927 erlangen (s. Erl. 2 zu § 927).

6. **Die Aneignung erfolgt dadurch, daß sich der Berechtigte als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt.** Der zu diesem Zwecke von dem Berechtigten an das Grundbuchamt zu stellende Antrag hat den Charakter eines einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts. Eine Eintragung, welche ohne Antrag oder auf Grund eines Antrags erfolgt, der als Rechtsgeschäft unwirksam ist, begründet das Eigentum für den Eingetragenen nicht. Daneben sind die in der GBO. §§ 28—30 enthaltenen Vorschriften zu beobachten; die Nichtbeobachtung derselben für sich allein hat aber, wenn den oben gedachten materiellen Erfordernissen genügt ist, die Unwirksamkeit der Eintragung nicht zur Folge.

7. **Die Rechte, welche Dritten an dem Grundstücke zustehen,** werden weder durch den Verzicht des Eigentümers noch durch die Eintragung des Aneignungsberechtigten als Eigentümer berührt. Sie können indessen selbstverständlich gegen den früheren Eigentümer nicht mehr geltend gemacht werden, sobald dessen Verzicht in das Grundbuch eingetragen ist, und gegen den Aneignungsberechtigten erst dann, wenn dieser als Eigentümer eingetragen ist. Für die Zwischenzeit zwischen der Eintragung des Verzichts und der Eintragung des neuen Eigentümers gewähren die Vorschriften der CPO. §§ 58, 787 dem Berechtigten Hülfe. Will der Berechtigte sein Recht im Wege der Klage geltend machen, so hat auf seinen Antrag der Vorsitzende des Prozeßgerichts einen Vertreter zu bestellen, welchem bis zur Eintragung eines neuen

Eigentümers die Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Rechtsstreit obliegt. Ebenso ist nach § 787, wenn der Berechtigte sein Recht im Wege der Zwangsvollstreckung geltend machen will, auf Antrag des Berechtigten von dem Vollstreckungsgericht ein Vertreter zu bestellen, welchem die Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Zwangsvollstreckungsverfahren obliegt. Es handelt sich hier um ein eigentümliches nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über Stellvertretung zu beurteilendes Institut. Der bestellte Vertreter ist nicht Vertreter einer bestimmten Person, insbesondere auch nicht desjenigen, welcher demnächst Eigentümer des Grundstücks werden wird. Seine Stellung ist im wesentlichen die eines curator bonorum. Die von ihm in dem Rechtsstreite bezw. in dem Zwangsvollstreckungsverfahren innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Rechtshandlungen haben dieselbe Wirkung wie wenn sie von dem Eigentümer des Grundstücks vorgenommen wären; das ergehende Urteil und die in dem Zwangsvollstreckungsverfahren ergehenden richterlichen Verfügungen sind auch gegen den demnächstigen Eigentümer wirksam; persönlich wird dieser aber dadurch nicht verpflichtet. Durch die Vorschrift der CPO. § 787 erfährt auch der § 17 des ZVG., nach welchem die Zwangsversteigerung nur angeordnet werden kann, wenn der Schuldner als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, eine Ergänzung. Die Anordnung der Zwangsversteigerung kann gegen den nach Maßgabe des § 787 bestellten Vertreter angeordnet werden.

Die Befugnis des bestellten Vertreters beschränkt sich auf die Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen in dem Rechtsstreite bezw. in dem Zwangsvollstreckungsverfahren. Im übrigen ist er zur Verwaltung des Grundstücks, insbesondere zu den für die Erhaltung und Benutzung desselben erforderlichen Maßregeln und zu der Geltendmachung der mit dem Grundstücke verbundenen Rechte, z. B. des Rechtes auf eine Reallast oder eines Vorkaufsrechts weder berechtigt noch verpflichtet.

Die **Kosten der Vertretung** sollte nach E. I der Antragsteller tragen, unbeschadet seines Anspruchs auf demnächstigen Ersatz. Diese Bestimmung ist von der zweiten Kommission gestrichen worden. Ihr Inhalt wird indessen in Ermangelung einer anderweiten Vorschrift über die Kosten aus allgemeinen Grundsätzen zu folgern sein. Persönlich zum Ersatze verpflichtet ist der demnächstige Eigentümer des Grundstücks nicht. Aus dem Grundstücke selbst wird der Antragsteller den Ersatz im Wege der Zwangsversteigerung insoweit fordern können, als er auf Grund des von ihm geltend gemachten Rechtes z. B. einer Hypothek oder Grundschuld den Ersatz der Kosten der Rechtsverfolgung auf diesem Wege zu fordern berechtigt ist.

Die Ansicht von **Hellwig**, Anspruch und Klagrecht S. 231ff., 235, S. 297 (vgl. auch **Hellwig**, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 275 Note 14), daß das Grundstück in der Zwischenzeit zwischen der Dereliktion und der Aneignung als ein herrenloses Sondervermögen zu betrachten sei, für welches nach § 1913 ein Pfleger bestellt werden könne, und nach welcher auch auf diesem Wege statt auf dem durch die §§ 58, 787 der CPO. bezeichneten Wege Abhülfe gewährt werden könne, dürfte dem Standpunkte des BGB. nicht entsprechen.

8. **Persönliche Ansprüche eines Dritten gegen den früheren Eigentümer eines Grundstücks** auf Übertragung desselben oder Begründung eines Rechtes daran werden durch den Verzicht des Eigentümers auf das Eigentum direkt nicht berührt. Sie können nach wie vor nur gegen den persönlich Verpflichteten geltend gemacht werden, verwandeln sich aber, da der Verpflichtete sich durch den Verzicht auf das Grundstück außer Stand gesetzt hat, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, in Ansprüche auf Schadensersatz. Ist ein Anspruch der gedachten Art durch Vormerkung gesichert (§ 883), so kann das dadurch begründete Recht, wenn der Aneignungsberechtigte das Eigentum erworben hat, gegen diesen nach Maßgabe des § 888 Abs. 1 geltend gemacht werden. Zweifelhaft ist, ob und in welcher Art der Berechtigte während der Zwischenzeit zwischen dem Verzicht und der Eintragung des neuen Eigentümers sein Recht geltend machen kann. Die Vorschrift des § 58 der CPO. bezieht sich nur auf die Geltendmachung eines Rechtes an dem Grundstücke. Durch die Vormerkung wird aber ein solches dingliches Recht nicht begründet (s. oben S. 114 Erl. 2 zu § 883). Da die Vormerkung indessen bezweckt, demjenigen, zu dessen Schutze sie eingetragen ist, eine dingliche Sicherung für seinen Anspruch zu gewähren und da dieser Zweck nur auf dem durch CPO. § 58 bestimmten Wege erreicht werden kann, so dürfte eine entsprechende Anwendung des § 58 auf den hier fraglichen Fall sich rechtfertigen. Der Berechtigte kann also nach Maßgabe des § 58 die Bestellung eines Vertreters verlangen und gegen diesen seinen Anspruch auf Zustimmung zu der erforderlichen Eintragung nach Maßgabe des § 888 Abs. 1 geltend machen. Dieselben Grundsätze werden nach § 888 Abs. 2 auch dann

Dritter Titel.
Erwerb und Verlust des Eigenthums an beweglichen Sachen.

anzuwenden sein, wenn der persönliche Anspruch gegen den früheren Eigentümer durch eine Verfügungsbeschränkung gesichert ist.

9. Persönliche Ansprüche des früheren Eigentümers gegen einen Dritten auf Schadensersatz wegen Beschädigung des Grundstücks (§ 823) werden ebenfalls durch das Aufgeben des Eigentums nicht berührt; sie verbleiben dem früheren Eigentümer. Zweifelhaft ist, ob, wenn ein Dritter das Grundstück, während es herrenlos ist, vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt, hierdurch eine Verpflichtung des Dritten zum Schadensersatze begründet wird. Die Frage dürfte zu verneinen sein, weil es an einem Beschädigten fehlt. Ein Eigentümer war zur Zeit der Beschädigung nicht vorhanden und das Aneignungsrecht des Fiskus ist durch die Beschädigung nicht verletzt (a. M. Biermann Erl. 2 zu § 928; Hellwig, Anspruch und Klagrecht § 32 S. 231, nach denen in Fällen dieser Art ein Pfleger für den künftigen Eigentümer nach § 1913 bestellt werden soll).

War das Grundstück verpachtet oder vermietet, so findet im Falle der Dereliktion der § 571 keine Anwendung.

10. Die Vorschriften des § 928 finden auch auf den einem Miteigentümer des Grundstücks zustehenden Bruchteil Anwendung. Es gilt in dieser Beziehung dasselbe wie im Falle des § 927 (s. Erl. 9 zu § 927).

11. Der § 928 findet auch auf buchungsfreie Grundstücke Anwendung, denn der Art. 127 des EG. hält die Landesgesetze nur in betreff der Übertragung solcher Grundstücke, nicht in betreff der Dereliktion aufrecht. Da nun aber nach § 928 die Dereliktion nur durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt und durch Eintragung im Grundbuch erfolgen kann, so ergibt sich aus der Anwendbarkeit des § 928, daß die Dereliktion eines buchungsfreien Grundstücks erst möglich ist, wenn dasselbe in das Grundbuch eingetragen ist. Nur solange das Grundbuch für den Bezirk, in welchem das Grundstück liegt, noch nicht als angelegt anzusehen ist, finden nach EG. Art. 189 auch in betreff der Dereliktion die bisherigen Gesetze Anwendung.

12. Das dem Fiskus oder nach EG. Art. 129 einer anderen Person auf Grund des § 928 zustehende Aneignungsrecht erstreckt sich nach EG. Art. 190 auf alle Grundstücke, welche zu der Zeit herrenlos sind, in welcher das Grundbuch für den betreffenden Bezirk als angelegt gilt. Der Aneignungsberechtigte muß die Herrenlosigkeit des Grundstücks nach Maßgabe der GBO. § 29 nachweisen. Die §§ 19, 22 der GBO. finden weder direkt noch analoge Anwendung (a. M. Fuchs, Erl. 6b zu § 928).

Dritter Titel.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB. 1901 S. 44ff.

1. Den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen behandelt der vorliegende Titel nicht erschöpfend; er beschränkt sich vielmehr auf die besonderen Erwerbsarten und regelt auch diese nur, soweit sie von allgemeiner Bedeutung sind und nicht mit Rechtsverhältnissen, die außerhalb des Sachenrechts liegen, zusammenhängen. Neben den Vorschriften dieses Titels kommen für den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen in Betracht:

a) aus dem BGB. selbst

α) die allgemeinen Vorschriften über den Rechtserwerb durch Anfall des Vermögens eines Vereins oder einer Stiftung an den Fiskus (§ 46, § 88 Satz 2, vgl. EG. Art. 85), durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (§ 158 Abs. 2, § 163), durch das Bestehen einer ehelichen oder einer fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1438 Abs. 1, 2, § 1485 Abs. 3, § 1519 Abs. 2, § 1549) und durch Erbfolge (§§ 1922, 1942, 2139);

β) die besonderen Vorschriften über den Erwerb des Eigentums an den vom Pächter eines samt Inventar verpachteten Grundstücks angeschafften Inventarstücken (§ 588 Abs. 2 Satz 2, § 589 Abs. 2 Satz 2), an einer vom Aussteller eingelösten Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 797, vgl. § 807), an dem Zubehör eines Grundstücks (§ 926), an den vom Ehemanne mit Mitteln des eingebrachten Gutes der Frau erworbenen beweglichen Sachen sowie den von ihm angeschafften Haushaltsgegenständen (§§ 1381, 1382, § 1524 Abs. 2, § 1550 Abs. 2) und an den vom Vater oder der Mutter mit Mitteln des Kindes erworbenen beweglichen Sachen (§§ 1646, 1686);

I. Uebertragung.

§. 929. Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß das Eigenthum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigenthums.

---

b) besondere Vorschriften anderer Reichsgesetze, namentlich die Vorschriften über die strafrechtliche Einziehung (StGB. §§ 40, 42 ꝛc.), über den Eigentumserwerb durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung (ZVG. § 90 Abs. 2); vgl. ferner z. B. den § 7 des Ges., betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, v. 5. Juli 1896 (vgl. dazu Jacobson, Eigentumsübergang nach Depot-Gesetz u. bürg. R., Bank-Arch. 2 S. 185);

c) besondere Vorschriften der vorbehaltenen Landesgesetze, z. B. über Enteignung (EG. Art. 109) oder über den Erwerb des Eigentums an hinterlegten Sachen durch den Fiskus (EG. Art. 145).

2. **Inhalt des Titels.** Im dritten Titel wird unter Ziff. I die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen geregelt (§§ 929—936). Die übrigen fünf Unterabschnitte des Titels betreffen Fälle, in denen sich der Eigentumserwerb unabhängig von einem darauf gerichteten Willen der Beteiligten kraft Gesetzes vollzieht, nämlich den Erwerb durch Ersitzung (§§ 937—945), durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung (§§ 946—952), den Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache (§§ 953—957), den Erwerb durch Aneignung (§§ 958—964) und den Erwerb gefundener Sachen (§§ 965—984).

3. Zu den **beweglichen Sachen im Sinne dieses Titels,** wie des Sachenrechts überhaupt, gehören auch die im §. 95 bezeichneten Sachen, welche nicht als Bestandteile eines Grundstücks gelten, mag man sie an sich zu den beweglichen Sachen rechnen (Cosack I S. 132; vgl. JW. 1903 Beil. S. 119) oder als unbewegliche Sachen ansehen, auf die jedoch in sachenrechtlicher Hinsicht die für bewegliche Sachen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden (Eck I S. 106, Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 37, Biermann S. 1, Buhl S. 15).

4. Für das **Zubehör einer beweglichen Sache** gelten in betreff des Eigentumserwerbes dieselben Vorschriften wie für bewegliche Sachen, die nicht Zubehör sind.

5. **Der Beweis des Eigentumserwerbes** wird dem Erwerber einer beweglichen Sache in den weitaus überwiegenden Fällen, in denen er Besitzer der Sache ist, durch die im § 1006 enthaltene Eigentumsvermutung abgenommen.

I. Übertragung.

Katz, Bad. RP. 65 S. 266ff., Der Eigentumserwerb durch Übertragung (§§ 929—936 BGB.) mit Rücksicht auf das HGB. v. 10. Mai 1897 und das franz.-bad. Recht; v. Tuhr, Z. f. franz. Civilr. 30 S. 527ff., Eigentumserwerb an Mobilien nach dem BGB. verglichen mit dem Rechte des Code civil.

Inhaltsübersicht. Der erste Unterabschnitt des Titels ordnet zunächst die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache durch den Eigentümer (§§ 929—931). Nur im Falle der Veräußerung durch den Eigentümer findet eine eigentliche Übertragung des Eigentums, eine Rechtsnachfolge in das Eigentum des Veräußerers statt. Im Anschlusse daran wird aber weiter der Eigentumserwerb auf Grund des guten Glaubens des Erwerbers im Falle der Veräußerung durch den Nichteigentümer geregelt (§§ 932—935). Für beide Fälle trifft der § 936 Bestimmungen über das mit dem Eigentumserwerb eintretende Erlöschen von Rechten Dritter an der Sache.

Die Entstehung und die Grundgedanken der hier gegebenen Vorschriften sind bereits in den Vorbemerkungen zum dritten Buche erörtert (oben S. 10ff., 13ff., 20ff.).

§ 929.

E. I § 874; II § 842 rev. § 914; III § 913. M. I S. 3979, 3987ff., 6212f., 6217f.; M. III S. 333f. P. II Bd. 3 S. 194ff., 201. RB. S. 2000.

Kohler, Arch. f. Bürg. R. 18 S. 1ff., Vertrag und Übergabe; Krückmann, Arch. f. Bürg. R. 13 S. 1ff., über abstrakte und kausale Tradition und § 929 BGB.

Satz 1 stellt für die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache drei Erfordernisse auf, von denen jedoch nur das letzte ausnahmslos gilt, während die beiden ersten weitgehenden Abschwächungen unterliegen. Die drei Erfordernisse sind: Eigentum des Veräußerers, Übergabe der Sache durch diesen an den Erwerber sowie Einigung des Veräußerers und des Erwerbers über den Eintritt des Eigentumsüberganges.

1. **Der Veräußerer muß Eigentümer sein.** Wer Eigentumserwerb nach den §§ 929 bis 931 behauptet, muß das Eigentum des Veräußerers beweisen. Er kann sich dabei nicht auf die Vermutung des § 1006 Abs. 2 berufen, da diese nur zugunsten des früheren Besitzers besteht (vgl. aber unter c).

Das Erfordernis des Eigentums des Veräußerers erleidet jedoch Ausnahmen.

a) Der Veräußerung durch den Eigentümer steht gleich die Veräußerung durch einen anderen, der gesetzlich zur Verfügung über die Sache berechtigt ist, wie insbesondere den Nießbraucher in den Fällen des § 1048 Abs. 1 Satz 1 und des § 1087 Abs. 2 Satz 2, den Pfandgläubiger (§ 1242), den Ehemann bezüglich der zum eingebrachten Gute gehörenden verbrauchbaren Sachen (§ 1376 Nr. 1) und den Testamentsvollstrecker (§ 2205).

b) Die Veräußerung durch einen Nichteigentümer ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Eigentümers erfolgt, und wird wirksam, wenn der Eigentümer sie genehmigt oder wenn der Veräußerer nachträglich (durch Erbfolge, nach § 931 ꝛc.) das Eigentum erwirbt oder wenn er von dem Eigentümer beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§ 185; vgl. E. I § 876).

c) Mangels Eigentums des Veräußerers wird der gutgläubige Erwerber nach den §§ 932—935, wenn auch nicht durch Übertragung, Eigentümer. Diese Vorschriften kommen auch demjenigen, welcher vom Eigentümer erwirbt, insofern zu statten, als er sich gegebenenfalls auf den Nachweis dieser Voraussetzungen beschränken, von der Behauptung und dem Beweise des Eigentums des Veräußerers also absehen und den Gegenbeweis abwarten kann, daß der Erwerb auf Grund des guten Glaubens nach § 935 ausgeschlossen oder daß er nicht in gutem Glauben war.

2. **Der Eigentümer muß die Sache dem Erwerber übergeben.** Zur Übergabe ist erforderlich, daß der Veräußerer die tatsächliche Gewalt über die Sache zugunsten des Erwerbers aufgibt und dieser den Besitz demgemäß mit Willen des Veräußerers erlangt (vgl. Erl. 1a, 3 zu § 854 und über die Frage, ob auch die Erlangung mittelbaren Besitzes durch den Erwerber zur Übergabe genügt, unten Erl. 6). Besitzergreifung durch den Erwerber mit Zustimmung des Veräußerers genügt gleichfalls zur Übergabe (JW. 1904 S. 100, 1905 S. 290). Daß der veräußernde Eigentümer Eigenbesitzer ist, wird die Regel bilden, ist aber nicht wesentlich. Eine Übergabe liegt auch vor, wenn der Veräußerer in Unkenntnis seines Eigentums die Sache als fremde besitzt und daher auch dem Erwerber nicht Eigenbesitz einräumt (vgl. E. I § 874 Abs. 2). Übergabe ist auch anzunehmen, wenn der besitzende Veräußerer zum Besitzdiener des Erwerbers wird (a. A. Kohler S. 81f., der darin ein Besitzkonstitut sieht).

Ein Besitzdiener kann zwar bei der Übergabe der Sache durch den Besitzherrn als dessen Werkzeug mitwirken; die selbständige Einräumung des Besitzes durch ihn ist aber nicht Übergabe durch den Besitzherrn. Wenn jedoch der Besitzdiener eine Sache als seine eigene übergibt, so liegt darin einmal die eigenmächtige Ergreifung des Besitzes durch den Besitzdiener und somit die Aufhebung des Besitzdienerverhältnisses (oben S. 39 Erl. 4 zu § 856), sodann die Einräumung des Besitzes an den Erwerber. Dem Erfordernisse der Übergabe ist also genügt. Eine Eigentumsübertragung nach § 929 kann auf diese Weise aber nur dann erfolgen, wenn der Besitzdiener in Wirklichkeit Eigentümer der Sache ist, die er als Besitzdiener für einen anderen in seiner tatsächlichen Gewalt hat. Ist der Besitzdiener nicht Eigentümer, veräußert die Sache aber als die seinige, so ist auch der Eigentumserwerb nach § 932 regelmäßig deshalb ausgeschlossen, weil der Besitzdiener dem Besitzherrn ohne dessen Willen den Besitz entzogen hat, somit die Voraussetzung des § 935, daß die Sache dem Besitzer abhanden gekommen ist, vorliegt und daher ein Erwerb auf Grund des guten Glaubens nicht stattfindet. Nur wenn es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt, würde der Erwerb auf Grund des guten Glaubens durch den § 935 nicht ausgeschlossen werden; in solchen Fällen aber, wenn also z. B. der Besitzdiener Geld, das er als solcher in seiner tatsächlichen Gewalt hat, als sein eigenes ausgibt, erscheint der Erwerb des Eigentums an dem Gelde durch den Empfänger durchaus gerechtfertigt.

Das **Erfordernis der Übergabe erleidet jedoch Ausnahmen.**

a) Es fällt ersatzlos weg, wenn der Erwerber bereits im unmittelbaren oder mittelbaren Besitze der Sache ist (**§ 929 Satz 2**, § 868; Endemann Bd. 2 § 80 Anm. 12 S. 314 will nur unmittelbaren Besitz genügen lassen). Ob der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer, z. B. als dessen Mieter, oder auf andere Weise, z. B. durch Fund, erworben hat, macht im Falle der Veräußerung durch den Eigentümer für den Eigentumsübergang keinen Unterschied (vgl. dagegen § 932 Abs. 1 Satz 2 und § 936 Abs. 1 Satz 2).

b) Die Übergabe kann ersetzt werden:

α) wenn sich die Sache im Besitze des Veräußerers befindet, durch constitutum possessorium (§ 930),

β) wenn ein Dritter im Besitze der Sache ist, durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache (§ 931),

γ) bei Seeschiffen außerdem durch die Vereinbarung des sofortigen Eigentumsüberganges (HGB. § 474; EG. z. HGB. Art. 6).

3. Der Eigentümer und der Erwerber müssen einig darüber sein, daß das Eigentum übergehen soll.

a) Die positive Bedeutung dieses Erfordernisses besteht darin, daß die Eigentumsübertragung sich nur dann vollzieht, wenn außer dem Erfordernisse der Übergabe (oder eines sie ersetzenden Tatbestandes) das weitere Erfordernis erfüllt ist, daß die beiden Beteiligten über den Eigentumsübergang einig sind. Der zur Eigentumsübertragung erforderliche Gesamttatbestand vollendet sich, falls zuerst die Übergabe erfolgt, in dem Zeitpunkt, in dem die Beteiligten über den Eigentumsübergang einig werden, falls dagegen die Einigung über den Eigentumsübergang vorangegangen ist, mit der nachfolgenden Übergabe nur dann, wenn die Beteiligten noch zur Zeit der Übergabe über den Eigentumsübergang einig sind, d. h. wenn die vorherige Einigung nicht bis zur Übergabe widerrufen worden ist. Aus dem Erfordernisse des Einigseins der Beteiligten ergibt sich also als gesetzliche Regel, daß die vor der Übergabe zustande gekommene Einigung bis zur Übergabe von jedem der Beteiligten widerrufen werden kann. Aus dieser Widerruflichkeit der Einigung folgt ferner als gesetzliche Regel auch die Widerruflichkeit des auf Schließung der Einigung gerichteten Antrags.

Für die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Vertragschließung (§§ 145 ff.) auf die hier fragliche Einigung, die nach dem in Bd. I S. 259 Vorbm. 2 und oben S. 15 ff. Bemerkten den Vorschriften über Verträge unterliegt (vgl. gegen die Auffassung der Einigung als Vertrag noch Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag, Berlin 1904 S. 36 ff., 57 ff.; für jene Auffassung Kriegsmann, Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung nach dem Recht des BGB., 1905 S. 65, Stöver im Arch. f. Bürg. R. 26 S. 149 ff., 170 ff.), ergibt sich danach, daß der Antrag auf Schließung der Einigung, abweichend vom § 145, sofern nicht im Einzelfalle ein anderes bestimmt ist, bis zur Annahme widerruflich ist, dafür aber auch mangels einer abweichenden Bestimmung nicht nur innerhalb der im § 147 vorgesehenen Fristen, sondern so lange angenommen werden kann, als er nicht widerrufen ist. Dagegen gelten der § 146, soweit er sich auf das Erlöschen des Antrags durch Ablehnung bezieht, sowie die §§ 148—155 auch für den Antrag auf Einigung. Als weitere Abweichung von den allgemeinen Vorschriften kommt hinzu, daß auch die zustandegekommene Einigung noch bis zur Übergabe widerrufen werden kann.

Die Beweislast regelt sich hiernach folgendermaßen: Wer die Eigentumsübertragung behauptet, hat außer der Übergabe nachzuweisen, daß der von dem einen Teile gestellte Antrag auf die Einigung von dem anderen Teile angenommen worden ist. Demgegenüber steht der Gegenbeweis offen entweder, daß der Antrag vor der Annahme widerrufen war, oder daß die Annahme erst nach Ablauf einer von dem Antragenden bestimmten Frist erfolgt, oder daß die Einigung vor der Übergabe widerrufen worden ist.

Die Einigung muß ferner nach den für Verträge oder Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften rechtswirksam sein. Nach diesen Vorschriften ist namentlich die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten, der Einfluß von Willensmängeln und die rechtliche Erlaubtheit der Einigung zu beurteilen (Bd. I S. 260). Über die Anwendbarkeit des § 138 f. insbesondere Bd. I S. 249 Erl. 1b sowie ferner Neubecker, Arch. f. Bürg. R. 22 S. 68 ff.; v. Schey, Allg. österr. Gerichtsztg. 1902 S. 98; Klein, ebenda 1903 S. 391; Kriegsmann S. 79 ff.

Erforderlich ist Einigung darüber, daß das Eigentum übergehen soll, d. h. daß fortan der Erwerber vorbehaltlich der durch Gesetz oder Rechte Dritter begründeten Beschränkungen berechtigt sein soll, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen (§ 903). Der übereinstimmende Wille der Beteiligten darf nicht nur auf Begründung der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, sondern muß auf den Eintritt der bezeichneten dinglichen Rechtsänderung gerichtet sein, und er muß durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärungen (vgl. Bd. I S. 205) kundgegeben werden, deren Auslegung den allgemeinen Grundsätzen (§§ 133, 157) unterliegt. Beispielsweise liegt in der bloßen Abnahme einer übersandten Gattungssache durch den Käufer nicht ohne weiteres die Erklärung des Eigentumserwerbswillens (JW. 1904 S. 62, vgl. RG. 12 S. 81 ff., Seuff. A. 59 S. 410, Staub S. 1406 A. 55 ff.), wohl aber darin, daß der Käufer die ihm übersandte und zunächst von ihm dem Verkäufer zur Verfügung gestellte Sache nach Aufrechterhaltung der Eigentumsübertragungserklärung des Verkäufers tatsächlich wie sein Eigentum behandelt (Rspr. 5 S. 316).

b) Die negative Bedeutung des Erfordernisses der Einigung besteht darin, daß neben der Übergabe weiteres als die rechtswirksame Einigung über den Eigentumsübergang zur Übertragung des Eigentums nicht erforderlich ist. Zu letzterer genügt es also, wenn der Eigentümer und der Erwerber lediglich die Einigung über den Eigentumsübergang erklärt haben. Die Wirksamkeit einer solchen Einigung, d. h. die Eigentumsübertragung, ist nicht noch davon abhängig, daß der Zweck, zu welchem die Eigentumsübertragung erfolgen soll, erreicht wird, der Rechtsgrund der Übertragung besteht, z. B. die Verbindlichkeit, die durch die Eigentumsübertragung erfüllt werden soll, begründet ist. Erforderlich ist also nur eine abstrakte Einigung (vgl. Bd. I S. 184 f., oben S. 14 f. und über das Verhältnis der abstrakten Geschäfte zur causa Stampe, das Causa-Problem des Zivilrechts 1904 und in Z. f. HR. 55 S. 387 ff.). Eine rechtswirksame abstrakte Einigung schließt aber nicht aus, daß das mittels ihrer erworbene Eigentum als im Sinne der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung ohne rechtlichen Grund erlangt, nach Maßgabe dieser Vorschriften (§§ 812 ff.) von dem Veräußerer zurückgefordert werden kann. Sie wird ferner nicht selten an demselben, Ungültigkeit begründenden Rechtsmangel leiden wie das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft, z. B. wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anfechtbar sein.

Daraus, daß nur eine abstrakte Einigung erforderlich ist, folgt aber nicht, daß die Einigung notwendig abstrakt sein muß (vgl. Kohler S. 110 ff., Krückmann S. 9 f., Bruck, die Einigung im Sachenrecht des BGB. S. 24 ff., Kriegsmann S. 68, 96 ff.). Tatsächlich ist die Wirksamkeit der Einigung über den Eigentumsübergang sehr häufig von der Einigung über das Kausalgeschäft abhängig. Trägt der Eigentümer die Einigung über den Eigentumsübergang nur in Verbindung mit der über das Kausalgeschäft an, bietet er z. B. die Sache nur kauf- oder nur schenkungsweise zum Eigentum an, so ist der auf die dingliche Einigung gerichtete Antrag regelmäßig von dem auf das Kausalgeschäft gerichteten untrennbar. Er kann also nicht ohne den Kausalgeschäftsantrag angenommen werden; eine von der Einigung über das Kausalgeschäft unabhängige (abstrakte) Einigung über den Eigentumsübergang ist somit in solchem Falle ausgeschlossen (Strohal, Iherings Jahrb. 27 S. 343 ff., 395; Kriegsmann S. 84 ff.). Dies folgt aus § 150 Abs. 2, § 154 Abs. 1 oder daraus, daß die dingliche Einigung stillschweigend (Regelsberger, Iherings Jahrb. 44 S. 412) an die Bedingung der Einigung über das Kausalgeschäft geknüpft ist; das Zustandekommen oder die Wirksamkeit der dinglichen Einigung ist von der Einigung über das Kausalgeschäft abhängig. Ist dagegen die dingliche Einigung nach dem Inhalte des auf sie gerichteten Antrags nicht von der Einigung über den vom Antragenden vorausgesetzten Rechtsgrund der Eigentumsübertragung erkennbar abhängig gemacht, so kommt durch die Annahme jenes Antrags die dingliche Einigung wirksam zustande, auch wenn der Annehmende bei der Annahme einen anderen Rechtsgrund der Eigentumsübertragung, z. B. statt Darlehen Schenkung, voraussetzt, wenn also ein versteckter Dissens über den Rechtsgrund bestanden hat. Die mangelnde Einigung über den Rechtsgrund begründet dann nur einen Anspruch des Veräußerers wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Erwerbers.

4. Anlangend das Verhältnis der Übergabe zur Einigung, so stellt das Gesetz beide als selbständige Erfordernisse der Eigentumsübertragung nebeneinander. Die Übergabe ist weder die gesetzlich vorgeschriebene Form für die Erklärung des Übertragungswillens noch „ein notwendig präsentes Moment des dinglichen Vertrages“ (M. III S. 336; a. A. Stöver S. 171 ff.), wie nach dem E. I, der einen unter Übergabe der Sache zu schließenden Vertrag

erforderte. Es genügt, daß außer der Einigung auch die Übergabe erfolgt ist; ob sie vor, bei oder nach der Einigung stattfindet, ist gleichgültig. Jedoch ist unter der im § 929 Satz 1 erforderten Übergabe nur eine solche zu verstehen, welche zu dem — übrigens nicht etwa besonders nachzuweisenden — Zwecke der Eigentumsübertragung geschieht. War die Sache vor der Einigung dem Erwerber vom Veräußerer zu einem anderen Zwecke, z. B. mietweise, übergeben, so findet die Vorschrift des § 929 Satz 2 Anwendung.

5. Die Eigentumsübertragung kann **unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung** erfolgen. Die Übergabe der Sache in dem in Erl. 2 entwickelten Sinne kann freilich, abgesehen von dem Falle des § 854 Abs. 2 (vgl. Erl. 3a zu § 854), nicht bedingt oder betagt vorgenommen werden. Es bedarf dessen aber auch nicht, um die Eigentumsübertragung zu einer bedingten oder betagten zu machen; hierzu genügt es vielmehr, daß die Wirksamkeit der Einigung über den Eigentumsübergang an eine Bedingung oder einen Termin gebunden ist. Das Bedenken, das in M. III S. 339 gegen die rechtliche Möglichkeit einer aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung daraus hergeleitet wird, daß die gegenwärtige Einräumung des Besitzes im Sinne des E. I, d. h. des Eigenbesitzes, mit der Natur der Suspensivbedingung und mit der Absicht der Beteiligten in einem gewissen Widerspruche stehe, trifft für die Übergabe im Sinne des BGB. nicht zu (vgl. P. II Bd. 3 S. 201, s. auch KB. S. 2000 unter 15). Übrigens ist die der Einigung beigefügte Bedingung insofern auch von Einfluß auf den Besitz des Erwerbers, als die bedingte Erklärung des Eigentumserwerbswillens zugleich die in derselben Weise bedingte Erklärung des Eigenbesitzwillens enthält (vgl. oben S. 70 Erl. 3a zu § 872), sodaß der Erwerber mit dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung, sofern er dann noch Besitzer ist, Eigenbesitz erlangt, mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung unter der gleichen Voraussetzung den Eigenbesitz verliert (vgl. Kohler S. 99ff.).

Eine aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung ist nach § 455 im Zweifel anzunehmen im Falle des Verkaufs einer beweglichen Sache unter Vorbehalt des Eigentums. Vgl. ferner über die Annahme einer auflösend bedingten Eigentumsübertragung bei Verkauf unter Vorbehalt des Rücktritts RG. 54 S. 340, über die Annahme einer aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung im Falle des § 2 des Depotgesetzes v. 5. Juli 1896 RG. 58 S. 290. Unzulässig ist die an die aufschiebende Bedingung der Nichtbefriedigung des Pfandgläubigers geknüpfte Übertragung des Eigentums am Pfande (§ 1229).

Die Rechtswirkungen der bedingten oder betagten Eigentumsübertragung bestimmen sich nach den §§ 158—163.

6. **Eine Vertretung des Veräußerers oder des Erwerbers** kann bei der Eigentumsübertragung in betreff der Einigung über den Eigentumsübergang stattfinden (§§ 164—181; vgl. F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 2ff., 106; über § 181 s. Rspr. 5 S. 316). Bezüglich der Übergabe kommt nur bei der im § 854 Abs. 2 bezeichneten Einigung über den Besitzerwerb eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über Vertretung in Frage. Im übrigen kann statt des Veräußerers auch ein Dritter, insbesondere sein Vertreter bei der Übertragungserklärung, das Erfordernis der Übergabe erfüllen, wenn er den unmittelbaren Besitz der Sache hat oder, sofern er Besitzdiener ist, die tatsächliche Gewalt mit Willen des Besitzherrn einräumt.

Dem Erfordernisse der Übergabe an den Erwerber wird durch die Übergabe an einen Dritten, namentlich den Vertreter des Erwerbers bei der Erwerbserklärung unzweifelhaft in den Fällen genügt, in denen der Erwerber durch den Dritten unmittelbaren Besitz erwirbt, namentlich in den Fällen der Besitzdienerschaft (Erl. 5 zu § 854, oben S. 34). Aber auch abgesehen von diesen Fällen muß der Erwerb des Eigentums durch Übergabe an einen Vertreter möglich sein. Das praktische Bedürfnis erfordert diese Möglichkeit unbedingt sowohl für gesetzliche Vertreter als für Bevollmächtigte, und das BGB. hat sie sicherlich nicht ausschließen wollen. Es fragt sich nur, wie das Verhältnis juristisch zu konstruieren ist. Leonhard (S. 84ff.) nimmt an, die Einigung über den Eigentumsübergang werde von dem Vertreter im Namen des Vertretenen mit dem Veräußerer abgeschlossen, wirke also nach § 164 unmittelbar für den Vertretenen; die auf Grund der Einigung erfolgende Einräumung des Besitzes an den Vertreter verschaffe aber nur dem Vertreter, nicht dem Vertretenen unmittelbaren Besitz, so daß dem Erfordernisse der Übergabe nach § 929 nicht genügt sei, der Veräußerer also noch Eigentümer bleibe und den Eigentumsanspruch gegen den im Besitze befindlichen Vertreter habe. Erst durch die Abtretung dieses Anspruchs an den Vertretenen gehe das Eigentum nach § 931 auf den letzteren

über; eine solche Abtretung aber sei, da die Übertragung des Eigentums bezweckt werde, als von dem Veräußerer mit dem Vertreter abgeschlossen anzunehmen, und diese Abtretung wirke, da es sich hierbei wieder um ein Rechtsgeschäft handele, unmittelbar für den Vertretenen, verschaffe diesem also das Eigentum. Diese Konstruktion erscheint jedoch außerordentlich künstlich und erreicht überdies ihren Zweck nur unvollständig; denn nach ihr würde, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer ist, der Vertretene, da der Veräußerer bei der Abtretung nicht mittelbarer Besitzer war, nach § 934 erst mit der Erlangung des Besitzes durch ihn selbst und nur dann, wenn er zu dieser Zeit in gutem Glauben ist, das Eigentum erwerben. Leonhard verkennt nicht, wie unbefriedigend dieses Ergebnis ist, versucht aber darüber durch die Erwägung hinwegzukommen, daß die Vorschrift des § 934 hier deshalb keine Anwendung finden könne, weil der Veräußerer seinen Besitz aufgegeben habe und dies nach dem den Vorschriften des BGB. zugrunde liegenden Prinzipe der Verläßlichkeit genügen müsse, um den sofortigen Eigentumsübergang zu begründen. Hierin liegt ein richtiger Gedanke; dieser dürfte aber weiter führen, nämlich dahin, in Fällen der hier fraglichen Art nicht den § 931 anzuwenden, sondern eine Übergabe im Sinne des § 929 anzunehmen. Die Verschaffung des mittelbaren Besitzes genügt zwar nicht in allen Fällen, um Übergabe im Sinne des § 929 herzustellen. Dies ergibt sich daraus, daß eine Verschaffung des mittelbaren Besitzes auch in den Fällen der §§ 930, 931 vorliegt, aber nicht als Übergabe, sondern als Ersatz der Übergabe behandelt wird. Zum Begriffe der Übergabe gehört also noch etwas anderes. Dies dürfte darin zu finden sein, daß der Veräußerer den unmittelbaren Besitz in solcher Art aufgibt, daß der Erwerber den unmittelbaren oder den mittelbaren Besitz erwirbt. Der Unterschied von den Fällen der §§ 930, 931 liegt also darin, daß der Veräußerer den unmittelbaren Besitz aufgeben muß; gleichgültig ist, ob der Erwerber den unmittelbaren oder den mittelbaren Besitz erwirbt. Bei der Eigentumsübertragung an einen Vertreter erwirbt der Vertretene hiernach mit der Besitzeinräumung an den Vertreter das Eigentum auf Grund des § 929, wenn er, wie dies regelmäßig der Fall ist, dadurch mittelbarer Besitzer wird (ebenso Rspr. 5 S. 46, 8 S. 114). Wenn Leonhard es als einen Vorzug seiner Konstruktion ansieht, daß nach dieser beschränkte dingliche Rechte, die dem Vertreter an der übertragenen Sache zustehen, nach § 936 Abs. 3 bestehen bleiben, so gilt im praktischen Ergebnisse dasselbe auch nach der hier vertretenen Ansicht (gegen Leonhard s. auch Rümelin, Arch. f. civ. Pr. 93 S. 259 ff., Isay Geschäftsführung S. 342 ff.). Die fraglichen Rechte erlöschen nach § 936 Abs. 2 nicht, wenn der Erwerber in Ansehung ihrer nicht in gutem Glauben war. Für den guten Glauben ist hier nach § 166 die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Vertreters entscheidend. Dieser kannte die ihm selbst zustehenden Rechte oder mußte sie doch kennen; folglich fehlt in Ansehung ihrer der gute Glaube des Erwerbers, und sie bleiben daher bestehen. Bestätigt wird diese Auffassung durch die Vorschrift des § 897 der CPO., nach welcher, wenn der Schuldner zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache verurteilt ist, die Übergabe als erfolgt (nicht als ersetzt) gilt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt.

Darüber, wie sich hiernach und mit Rücksicht auf § 931 der Erwerb des Eigentums an versendeten Sachen gestaltet, s. Schröder Z. f. HR. 51 S. 39 ff. Bei der Einkaufskommission erwirbt der Kommittent das Eigentum nur durch Übertragung seitens des Kommissionärs an ihn, sei es mittels Übergabe, sei es nach § 930 (s. Erl. 5 dazu) oder § 931 (a. A. teilweise Jung, Z. f. HR. 47 S. 183 ff.).

7. **Im Wege der Zwangsvollstreckung** kann die von dem verpflichteten Eigentümer verweigerte Eigentumsübertragung dadurch erwirkt werden, daß die Übertragungserklärung des Eigentümers nach § 894 der CPO. durch seine rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe dieser Erklärung oder nach der allgemeinen, zugleich die Übergabe umfassenden Ausdrucksweise des § 897 der CPO., zur Übertragung des Eigentums ersetzt und die Sache ihm von dem Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger weggenommen wird. Mit dieser Wegnahme gilt, wie der § 897 Abs. 1 der CPO. im Einklange mit der vom Reichsgerichte vertretenen Auffassung des Verhältnisses zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Gläubiger (RG. 9 S. 363, 16 S. 399, 39 S. 160) und mit dem E. I § 875 (E. II § 845, P. II Bd. 3 S. 204 f., Bd. 6 S. 233) bestimmt, die Übergabe der Sache an den Gläubiger als erfolgt, schon bevor der Gerichtsvollzieher die Sache dem Gläubiger übergibt.

8. **Zu Satz 2** vgl. oben Erl. 2a und S. 35 Erl. 6 zu § 854. Von der im Falle des Satz 2 erforderlichen Einigung gilt das, was oben in Erl. 1 über die der Übergabe nachfolgende Einigung gesagt ist.

§. 930. Ist der Eigenthümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

---

§ 930.

E. I § 805, § 874 Abs. 1; II § 843 rev. § 915; III § 914. P. I S. 3414 ff.; M. III S. 97 ff., 335 f. P. II Bd. 3 S. 196 ff. RB. S. 2000.

1. **Der § 930 erkennt für den Fall der Veräußerung durch den Eigentümer** in Ansehung der Eigentumsübertragung **das constitutum possessorium als Ersatz der Übergabe an** (vgl. Erl. 6 zu § 854; s. dagegen für den Fall der Veräußerung durch den Nichteigentümer § 933 und bezüglich der Wirkung der Eigentumsübertragung für Rechte Dritter § 936 Abs. 1 Satz 3). Er trägt damit dem Bedürfnisse des Verkehrs Rechnung, der die Möglichkeit einer Veräußerung ohne Aufgeben des Besitzes nicht entbehren kann. Diesem Bedürfnisse gegenüber erschien das Bedenken, daß Veräußerungen durch constitutum possessorium nicht selten zum Scheine oder zur Benachteiligung der Gläubiger des Veräußerers vorgenommen werden, nicht durchschlagend. Das Gesetz sucht aber die Ernstlichkeit des Willens der Beteiligten, trotz der Belassung des Besitzes bei dem Veräußerer das Eigentum auf den Erwerber zu übertragen, durch die besonderen Anforderungen an den Inhalt des Konstituts sicherzustellen. Vgl. über das Konstitut Kohler S. 1 ff., 73 ff.

2. **Voraussetzung der Anwendbarkeit des Konstituts** ist, daß der Eigentümer im Besitze der Sache ist. Dabei ist nicht, wie aus der Kennzeichnung des Konstituts als eines Ersatzes der Übergabe gefolgert werden könnte, nur an unmittelbaren Besitz des Eigentümers zu denken. Vielmehr ist die Uebertragung durch Konstitut auch bei bloß mittelbarem Besitze des Eigentümers anwendbar (ebenso schon für das bisherige Recht RG. 11 S. 57. 26 S. 182, ferner Biermann; a. A. Kohler S. 66 ff.). Dies ergibt sich aus der terminologischen Regel des § 868 sowie daraus, daß der Veräußerer, auch wenn er bloß mittelbarer Besitzer ist, die Sache z. B. vermietet oder hinterlegt hat, in der Lage ist, mit dem Erwerber ein für diesen den mittelbaren Besitz begründendes Rechtsverhältnis zu vereinbaren (§ 871). Bei mittelbarem Besitze des Veräußerers hat dieser also die Wahl zwischen der Übertragung durch Konstitut und der Übertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 (P. II Bd. 3 S. 204). Die erstere Art der Übertragung kommt z. B. für den Fall in Betracht, daß der Veräußerer eine von ihm vermietete Maschine nach dem Ablaufe der Mietzeit noch selbst zeitweise gebrauchen will; er kann sie zu diesem Zwecke seinerseits vom Erwerber mieten.

3. **Zu einem wirksamen constitutum possessorium** genügt nicht eine allgemeine, abstrakte Abrede, daß der Veräußerer fortan für den Erwerber besitzen solle (RG. 49 S. 173 f., 54 S. 397 f.); sondern es muß zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber ein bestimmtes Rechtsverhältnis ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden, welches geeignet ist, die Belassung des Besitzes bei dem Veräußerer zu erklären. Dieses Erfordernis eines sog. individualisierten Konstituts dient dazu, den Widerspruch, der an sich zwischen dem erklärten Übereignungswillen und dem Behalten des Besitzes durch den Veräußerer obwaltet, aufzuklären und dadurch die Prüfung der Ernstlichkeit des Übertragungswillens zu erleichtern.

Das vereinbarte Rechtsverhältnis muß ein solches sein, vermöge dessen der Erwerber nach den §§ 868, 871 den mittelbaren Besitz der Sache erlangt. Welche Rechtsverhältnisse hierzu geeignet sind, ist in der Erl. 2b zu § 868 (oben S. 61 ff.) dargelegt. Nach dem dort Bemerkten erscheint der von Kohler S. 74 ff. aufgestellte Satz, daß der Kauf regelmäßig ein Konstitut enthalten werde, wenn der Verkäufer sich mit dem Vertrag alles Vorteils der Sache begibt und die Sache nur noch im Interesse des Käufers weiter innehaben will, nicht zutreffend und deshalb auch die von ihm vertretene Ansicht zu weitgehend, daß nach dem BGB. nur formell das Traditions-, materiell aber das Vertragssystem gelte (S. 1, 95). Wie gleichfalls a. a. O. ausgeführt ist, braucht das vereinbarte „Rechtsverhältnis" nicht ein rechtlich gültiges Verhältnis zu sein, sondern kann auch ein nur vermeintlich bestehendes Verhältnis sein.

Erfolgt die Eigentumsübertragung durch Konstitut unter einer aufschiebenden Bedingung, so wird sie mit dem Eintritte der Bedingung nur dann wirksam, wenn der Veräußerer zu dieser Zeit noch im Besitze der Sache ist, denn nur unter dieser Voraussetzung entsteht mit dem Eintritte der Bedingung ein dem Erwerber mittelbaren Besitz vermittelndes Verhältnis, wie es nach § 930 erforderlich ist (a. A. Kohler S. 102). Dagegen fällt bei auflösend bedingter Eigentumsübertragung durch Konstitut mit dem Eintritte der Bedingung das Eigentum an den Ver-

§. 931. Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

äußerer zurück, auch wenn er zu dieser Zeit nicht mehr im Besitze der Sache ist. Nicht ausgeschlossen ist es, daß der nicht im Besitze befindliche Eigentümer das Eigentum mittels Konstituts für den Fall, daß er später den Besitz erlangt, im voraus überträgt (RG. 56 S. 54).

4. Mittels Konstituts, nicht mittels Übergabe, geschieht auch regelmäßig **die Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherung einer Forderung des Erwerbers**, da diese Form der Sicherung gerade dann gewählt zu werden pflegt, wenn der Schuldner den unmittelbaren Besitz der Sache behalten will und daher die Bestellung eines Pfandrechts nach § 1205 nicht angängig ist. Die Übereignung zur Sicherung kann unter der auflösenden Bedingung der Befriedigung des Erwerbers wegen seiner Forderung oder unter der aufschiebenden Bedingung seiner Nichtbefriedigung erfolgen. Häufiger geschieht sie unbedingt, jedoch unter ausdrücklichen oder stillschweigenden obligatorischen Vereinbarungen, welche die fiduziarische Natur und den beschränkten Zweck der Übertragung zur Geltung bringen. Nur eine Art dieser Vereinbarung ist die, daß der Gläubiger die Sache unter Vorbehalt des Wiederkaufs für den Schuldner von diesem kauft (JW. 1905 S. 48). Die Wirksamkeit einer nur zur Sicherung eines Anspruchs erfolgenden Rechtsübertragung ist im § 223 Abs. 2 ausdrücklich vorausgesetzt. Bezüglich der Übereignung zum Zwecke der Sicherung insbesondere ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, daß sie wegen der bloßen Gleichheit ihres wirtschaftlichen Zweckes mit dem einer Pfandbestellung weder als Scheingeschäft anzusehen noch aus dem Gesichtspunkte der Umgehung des Verbots der Verpfändung mittels Konstituts für nichtig zu erachten ist (JW. 1902 S. 259; 1903 S. 143; 1904 S. 6, 197, 355; Gruch. 46 S. 988, 48 S. 867; RG. 57 S. 177, 59 S. 146). Vgl. über die Frage Lilienthal in DJZ. 1902 S. 542 und die dort in Anm. 1 Angeführten; Kahn in DJZ. 1903 S. 125; Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gem. R. und BGB., 1903; Katzenstein bei Gruch. 49 S. 323 ff.; Kriegsmann S. 73 ff.

5. **Inwieweit der Veräußerer mittels Konstituts das Eigentum sich selbst als Vertreter des Erwerbers übertragen kann**, bestimmt sich nach § 181. Eine derartige Übereignung ist danach nur zulässig, falls sie entweder dem Veräußerer durch den Inhalt seiner Vertretungsmacht besonders gestattet ist oder ausschließlich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Veräußerers erfolgt. Der Vormund kann also zur Erfüllung einer ihm gegen den Mündel obliegenden Verbindlichkeit ihm gehörendes Geld dem Mündel, der Einkaufskommissionär ihm gehörende oder von ihm für Rechnung des Kommittenten, aber im eigenen Namen erworbene Wertpapiere dem Kommittenten durch Konstitut übereignen. Zu der Übereignung ist aber eine äußere Kundgebung des Übertragungswillens und des Willens zur Begründung eines Rechtsverhältnisses der im § 930 erforderten Art erforderlich. Eine solche Kundgebung wird bei kommissionsweise gekauften Wertpapieren schon darin zu finden sein, daß der Kommissionär die Stücke mit dem Namen des Kommittenten bezeichnet, in ein für diesen bestimmtes besonderes Behältnis legt oder für den Kommittenten auf dessen Depotkonto oder sonstwie in seinen Handelsbüchern bucht (ROHG. 25 Nr. 63, Seuff. A. 39 Nr. 291, RG. 52 S. 132; vgl. Kohler S. 83 ff.) In diesen Fällen geht das Eigentum an den Papieren also noch vor dem im § 7 des Depotges. v. 5. Juli 1896 bestimmten Zeitpunkte der Absendung des Stückeverzeichnisses an den Kommittenten auf diesen über.

§ 931.

E. I § 804, § 874 Abs. 1; II § 844 rev. § 916; III § 915. M. I S. 3409 ff., 3993; M. III S. 95 ff. P. II Bd. 3 S. 201 ff.

1. **Der § 931 läßt als weiteren Ersatz der Übergabe die Abtretung des dem Eigentümer gegen einen dritten Besitzer der Sache zustehenden Anspruchs auf Herausgabe zu.** Auch dieses Ersatzmittel steht, ebenso wie das constitutum possessorium, nur im Falle der Veräußerung durch den Eigentümer, und zwar auch in diesem Falle nur bezüglich des Eigentumsüberganges, der Übergabe in der rechtlichen Wirkung ganz gleich (vgl. § 934, § 936 Abs. 1 Satz 3). Der § 931 ermöglicht, im Gegensatze zu der entsprechenden Vorschrift des E. I § 804 über die Übergabe durch Anweisung, die Übereignung von Sachen, die sich im Besitz eines Dritten befinden, unabhängig von der Zustimmung des Dritten. Für den notwendigen Schutz des letzteren gegen Beeinträchtigung seiner Rechtslage ist durch die Vorschrift des § 986 Abs. 2 gesorgt, wonach der

Dritte die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehenden Einwendungen auch dem Anspruch des Erwerbers aus seinen Eigentum entgegensetzen kann (vgl. auch § 936 Abs. 3).

2. **Als Voraussetzung seiner Anwendbarkeit bezeichnet der § 931, daß ein Dritter im Besitze der Sache ist.** Der Besitz des Dritten kann ebenso wie bei der Übertragung durch Konstitut (vgl. Erl. 2 zu § 930), ein unmittelbarer oder ein nur mittelbarer sein; denn auch gegen den mittelbaren Besitzer hat der Eigentümer als solcher den Anspruch auf Herausgabe (Erl. 2b zu § 985) und ist also in der Lage, durch Abtretung dieses Anspruchs nach § 931 das Eigentum zu übertragen. Der (unmittelbare oder mittelbare) Besitz des Dritten kann ferner entweder so beschaffen sein, daß durch ihn dem Eigentümer mittelbarer Besitz vermittelt wird (Mietbesitz, Nießbrauchbesitz rc.), oder so, daß dies nicht zutrifft (Besitz des Diebes, des gutgläubigen Eigenbesitzers rc.). Im letzteren Falle kann die Übereignung nur auf dem im § 931 bestimmten Wege geschehen. Dagegen bietet sich, falls der Eigentümer mittelbaren Besitz hat, auch der Weg des constitutum possessorium (Erl. 2 zu § 930).

Aus der an die Spitze des § 931 gestellten Voraussetzung, daß ein Dritter im Besitze der Sache ist, braucht aber nicht gefolgert zu werden, daß die Veräußerung nach § 931 nur dann wirksam ist, wenn sich die Sache zur Zeit der Abtretung im Besitze eines Dritten befindet (vgl. Erl. 3a). Jene Voraussetzung bedeutet vielmehr nur einerseits, daß die Veräußerung nach § 931 nicht in Betracht kommt, falls der Eigentümer oder der Erwerber im Besitze der Sache ist, anderseits, daß es sich dabei um die Abtretung des Anspruchs gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe der Sache handelt.

3. **Der als Ersatz der Übergabe zugelassene Rechtsakt** besteht in der Abtretung des Anspruchs des Eigentümers auf Herausgabe der Sache.

a) Abzutreten ist zunächst in allen Fällen der dingliche Anspruch aus dem Eigentume (§ 985), und zwar nicht nur der gegen den derzeitigen Besitzer bereits bestehende Anspruch, sondern auch jeder gegen einen anderen Besitzer sich richtende künftige Anspruch aus dem Eigentum (Erl. 3 zu § 985). Die Abtretung des dinglichen Anspruchs in diesem Sinne genügt daher auch dann, wenn die Sache zur Zeit der Abtretung in niemandes Besitze sich befindet (vgl. Kohler S. 88f., Buhl S. 60; a. A. Biermann Erl. 3 zu § 931; Ortlieb S. 43).

Ist der Eigentümer mittelbarer Besitzer der Sache (§§ 868, 871), so muß sich die Abtretung außerdem auf seinen persönlichen Herausgabeanspruch aus dem den mittelbaren Besitz begründenden Rechtsverhältnis erstrecken. Der Eigentümer muß dem Erwerber durch die Abtretung dieses persönlichen Anspruchs den mittelbaren Besitz übertragen (§ 870). Daß unter dem Anspruch auf Herausgabe im Sinne des § 931 bei mittelbarem Besitze des Eigentümers der dingliche und der persönliche Anspruch zu verstehen ist (ebenso RG. 52 S. 394), folgt aus dem Grundgedanken der Vorschrift, demzufolge die Verschaffung der tatsächlichen Gewalt, die Übergabe, ersetzt werden soll durch die Einräumung der jeweilig dem Eigentümer in betreff der Sache zustehenden Macht sowie aus dem § 934, welcher im Falle des mittelbaren Besitzes des Veräußerers nur deshalb den gutgläubigen Erwerber schon mit der Abtretung „des Anspruchs" Eigentümer werden läßt, weil der Erwerber in diesem Falle durch die Abtretung mittelbaren Besitz erlangt. Bei Sachen, die zu einem Sachinbegriff, z. B. einem Warenlager, gehören, ist zur Eigentumsübertragung nach § 931 individuelle Bestimmung der Sachen erforderlich, bezüglich deren der Herausgabeanspruch abgetreten wird (RG. 52 S. 394). Die Abtretung des Herausgabeanspruchs genügt auch dann, wenn die Herausgabe nur gegen eine Gegenleistung verlangt werden kann (RG. 49 S. 97).

b) Die Abtretung geschieht durch formlosen Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber (§ 398). Ob der Wille der Beteiligten auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs gerichtet war, ist Auslegungsfrage. In dem bloßen Verkauf einer im Besitz eines Dritten befindlichen Sache ist die Abtretung nicht ohne weiteres zu finden (Rspr. 8 S. 110), wohl aber darin, daß der Verkäufer die bei einem Spediteur lagernde Ware dem Käufer zur Verfügung stellt und ihm einen Verfügungsschein übergibt (RG. 49 S. 97). Immerhin muß der Abtretungswille kundgegeben werden. Das Erfordernis der Abtretung darf nicht mit Kohler S. 89f. zu bloß konstruktiver Bedeutung verflüchtigt werden. Daß der dritte Besitzer von der Abtretung Kenntnis erlangt, ist zur Wirksamkeit der Abtretung und folgeweise der Übereignung nicht erforderlich.

Soll die Übereignung einer im Besitz eines Dritten befindlichen Sache im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden, so wird die Übergabe nicht schon durch die Überweisung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers gemäß § 886 der CPO. ersetzt (Erl. 2 zu § 870),

sondern erst dadurch, daß der Gerichtsvollzieher die Sache dem Dritten zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt (CPO. § 897) oder daß der Dritte sie dem Gläubiger übergibt.

4. **Wegen der Übereignung durch Übergabe eines Lagerscheins, eines Ladescheins oder eines Konnossements** s. HGB. §§ 424, 450, 647. Über die Anwendung des § 931 auf die Übergabe von Konnossements-Anteilscheinen vgl. Rspr. 10 S. 409.

§§ 932—935.

Regelsberger, der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, Iherings Jahrb. 47 S. 339 ff.; **Wendt**, Erwerb von einem Nichtberechtigten, Arch. f. civ. Pr. 89, S. 1 ff.

1. **Grundgedanken und Inhalt im allgemeinen.** Die §§ 932—935, deren Verhältnis zum bisherigen Rechte oben S. 20 ff. erörtert ist, durchbrechen die aus dem Inhalte des Eigentums (§ 903) folgende und im § 929 ausgedrückte Regel, daß nur der Eigentümer einer Sache sie wirksam veräußern kann. Die strenge Durchführung dieser Regel wäre mit den Bedürfnissen des Verkehrs nicht verträglich. In dem Widerstreite zwischen dem Verkehrsinteresse und dem Interesse des Eigentümers soll letzteres unter der doppelten Voraussetzung dem ersteren weichen, daß einerseits der Erwerber mit Grund auf das Eigentum des Veräußerers vertraut, anderseits — entsprechend dem Grundsatze „Hand wahre Hand" — der Eigentümer selbst durch freiwillige Weggabe der Sache dazu beigetragen hat, den Schein des Eigentums des Veräußerers hervorzurufen. Damit aber der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nicht durch Beweisschwierigkeiten vereitelt werde, hat das Gesetz diesen Grundgedanken so ausgestaltet, daß der Erwerber nur die Veräußerung und in gewissen Fällen noch besondere Umstände, die sein Vertrauen auf das Eigentum des Veräußerers rechtfertigen, nachzuweisen hat, dem Eigentümer dagegen der Beweis auferlegt ist, daß entweder der Erwerber nicht in gutem Glauben war oder er selbst den Besitz ohne seinen Willen verloren hat. Noch weiter geht der Schutz des Erwerbers von Geld, Inhaberpapieren und im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerten Sachen, indem hier nur Mangel des guten Glaubens, nicht auch unfreiwilliger Besitzverlust des Eigentümers den Eigentumserwerb ausschließt (§ 935 Abs. 2).

Übrigens wird die Härte, die für den Eigentümer in dem Verluste des Eigentums zugunsten des gutgläubigen Erwerbers liegt, durch persönliche Ausgleichungsansprüche erheblich gemildert. Er hat in allen Fällen einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung, und zwar bei entgeltlicher Veräußerung zwar nicht gegen den Erwerber (RG. in IW. 1903 Beil. S. 125), wohl aber gegen den Veräußerer, bei unentgeltlicher gegen den Erwerber (§ 816 Abs. 1); ist sein Eigentum vom Veräußerer vorsätzlich oder fahrlässig widerrechtlich verletzt, so kann er überdies nach § 823 Abs. 1 Schadensersatz verlangen.

Die §§ 932—934 behandeln nacheinander die verschiedenen in den §§ 929—931 vorgesehenen Fälle der Veräußerung; der § 935 betrifft die Ausnahme, die bei unfreiwilligem Besitzverluste des Eigentümers Platz greift.

2. **Weitere Anwendungsfälle.** Die §§ 932—935 treffen unmittelbar nur den Erwerb von einem Nichteigentümer in gutem Glauben an sein Eigentum. Sie finden aber teils als „Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten", teils nach besonderer Vorschrift auf folgende weiteren Fälle entsprechende Anwendung:

a) Fälle der Veräußerung durch einen nicht oder nur beschränkt verfügungsberechtigten Eigentümer:

α) Veräußerung gegen ein den Schutz bestimmter Personen bezweckendes Veräußerungsverbot (§ 135 Abs. 2, § 136; vgl. auch EG. Art. 61, 168). Nicht hierher gehört eine von dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommene Veräußerung einer beweglichen Sache (vgl. BGB. § 1984 Abs. 1 Satz 2); sie ist auch bei gutem Glauben des Erwerbers den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (KO. § 7 Abs. 1; D. z. KO. S. 10; a. A. **Wendt**, S. 43).

β) Veräußerung während des Schwebens einer Bedingung (§ 161 Abs. 3).

γ) Unzulässige Veräußerung durch den Vorerben (§ 2113 Abs. 2, § 2129 Abs. 2 Satz 2).

δ) Veräußerung einer der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßsache durch den Erben (§ 2211 Abs. 2).

b) Veräußerung während der Anhängigkeit eines Rechtsstreits über das Eigentum (CPO. § 325 Abs. 2).

c) Fälle der Veräußerung durch einen Nichteigentümer, den auch der Erwerber nicht für den Eigentümer, aber gutgläubig für verfügungsberechtigt hält:

α) Veräußerung durch einen vermeintlichen Pfandgläubiger (§ 1244).

β) Veräußerung durch einen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes (HGB. § 366).

In den unter a genannten Fällen beruht die entsprechende Anwendung der hier gegebenen Vorschriften auf der Erwägung, daß der Erwerb vom Eigentümer, der nur in der Verfügung beschränkt ist, nicht minder geschützt werden muß wie der Erwerb vom Nichteigentümer. Dieser Grund würde es rechtfertigen, die §§ 932ff. auch ohne ausdrückliche Vorschrift auf ähnliche Fälle der Veräußerung durch einen nicht verfügungsberechtigten Eigentümer auszudehnen, wie denn der § 1404 gegenüber den durch das gesetzliche Güterrecht begründeten Beschränkungen des Verfügungsrechts der Frau den Schutz des gutgläubigen Erwerbers besonders ausschließt, also von der Auffassung auszugehen scheint, daß an sich der Schutz eintreten würde.

Anders aber verhält es sich mit den oben unter c aufgeführten Fällen. Wer wissentlich von einem Nichteigentümer erwerben will, muß damit rechnen, daß er Eigentum nur erlangt, wenn der Veräußerer ausnahmsweise zur Veräußerung der fremden Sache befugt ist; er muß daher das Bestehen dieser Befugnis nicht nur mit aller Sorgfalt, sondern schlechthin auf eigene Gefahr prüfen. Die Vorschriften des § 1244 und des HGB. § 366 sind also, wie bezüglich der letzteren Vorschrift in der D. z. HGB. S. 221ff. dargelegt ist, rein positive Erweiterungen des Schutzes des guten Glaubens und als solche der Ausdehnung im Wege der Analogie nicht fähig. Wird insbesondere eine Sache von einem Nichteigentümer im eigenen Namen mit Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung) desjenigen veräußert, welchen der Erwerber gutgläubig für den Eigentümer hält, so finden die Vorschriften der §§ 932ff. jedenfalls nicht unmittelbare Anwendung, da der Erwerber weiß, daß der Veräußerer nicht Eigentümer ist. Dagegen scheint für eine entsprechende Anwendung die Erwägung zu sprechen, daß der Erwerber, wenn der Zustimmende Eigentümer wäre, Eigentum erlangen würde und daher nach dem den §§ 932ff. zugrunde liegenden Gedanken auch für seinen guten Glauben an das Eigentum des Zustimmenden Schutz genießen müsse. Dem steht aber entgegen, daß es sich auch in dem hier fraglichen Falle um den wissentlichen Erwerb von einen Nichteigentümer handelt, den der Erwerber nur gutgläubig für ausnahmsweise verfügungsberechtigt hält. Auch eine entsprechende Anwendung der §§ 932ff. dürfte daher aus dem hervorgehobenen Grunde hier nicht zulässig sein (a. M. Eccius, Gruch. 47 S. 62f.).

Wird eine Sache von einem Nichteigentümer im Namen desjenigen veräußert, welchen der Erwerber gutgläubig für den Eigentümer hält, so finden, falls die Veräußerung diesem gegenüber, sei es infolge der Vertretungsmacht des Vertreters, sei es infolge der Genehmigung des Vertretenen, nach § 164, § 177 Abs. 1 wirksam ist, die §§ 932ff. zugunsten des Erwerbers unmittelbar Anwendung, da er sich bezüglich des Eigentums des Veräußerers, d. i. des Vertretenen, in gutem Glauben befindet. Dagegen sind diese Vorschriften zugunsten eines Erwerbers, der sich nur in betreff der Vertretungsmacht des Vertreters des — wirklichen oder vermeintlichen — Eigentümers in gutem Glauben befunden hat, auch nicht entsprechend anwendbar (vgl. M. III S. 344, 832; Rspr. 7 S. 41, 8 S. 192; a. M. Wendt S. 61ff.; wie hier auch Dernburg Bd. 3 § 104 unter II, 1; Biermann Erl. 2 zu § 932, Endemann Bd. 2 § 81 S. 320, Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 58 S. 171; v. Tuhr S. 543f., Windscheid-Kipp Bd. 3 S. 793).

d) Über die entsprechende Anwendung der §§ 932ff. auf den Erwerb von Zubehörstücken eines Grundstücks, die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts vgl. §§ 926, 1032, 1207.

3. **Einen über die §§ 932ff. noch hinausgehenden Schutz** gewährt dem Erwerber im Falle der Veräußerung durch einen vermeintlichen Erben ein diesem erteilter Erbschein (§ 2366). Vgl. auch §§ 1507, 2368, 2370.

4. **Die Frage, ob ein Erwerb nach Maßgabe der §§ 932ff. als ein abgeleiteter (derivativer) anzusehen ist,** wurde bei der zweiten Lesung zwar berührt, naturgemäß aber von der zweiten Kommission nicht entschieden (P. II Bd. 3 S. 213; vgl. auch M. I S. 272). Ihre Beantwortung hängt davon ab, welchen Begriff des abgeleiteten Erwerbes man zugrunde legt. Versteht man darunter einen durch das Eigentum des Vorgängers bedingten Erwerb (Dernburg Bd. 3 § 97 Nr. 3), so ergibt sich die Verneinung obiger Frage von selbst (vgl. ebenso Regelsberger S. 368ff., ferner außer den dort Angeführten Frh. von Schwerin, über den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht, 1905 S. 19ff.; a. M. Lessing, Begriff der Rechtsnachfolge nach bürgerlichem Rechte, 1903 S. 37ff.). Der hier fragliche Erwerb darf auch nicht als aus einer durch den Besitz begründeten Verfügungsmacht des Veräußerers abgeleitet gekennzeichnet werden, da Besitz des Veräußerers nicht überall Erfordernis

§. 932. Durch eine nach §. 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigenthümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigenthum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des §. 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

---

und immer nur eines von mehreren Erfordernissen des Erwerbes ist (übereinstimmend Regelsberger S. 356 ff.).

Die praktisch erhebliche Frage, ob im Sinne von Vorschriften, die eine Rechtsnachfolge voraussetzen, als solche auch der gutgläubige Erwerb anzusehen ist, kann nur durch die Auslegung der einzelnen Vorschrift entschieden werden, soweit nach dem Inhalte der Vorschrift ihre Anwendung auf den gutgläubigen Erwerber überhaupt in Betracht kommen kann, was z. B. bei den §§ 221, 943, 999 nicht der Fall ist.

5. **Über strafrechtliche Folgen** der §§ 932 ff., 1207 für die Beurteilung gewisser Betrugsfälle s. Dürbig im Recht 1903 S. 441.

§ 932.

E. I § 877 Satz 1; II § 846 rev. § 917; III § 916. P. I S. 4002 ff., 6221, 6228, 11955 f.; M. III S. 344 ff. P. II Bd. 3 S. 206 ff.; Bd. 4 S. 589 f. D. S. 663 f.

Der § 932 behandelt die Veräußerung durch einen Nichteigentümer nach Maßgabe des § 929 Satz 1 oder des § 929 Satz 2.

1. **Positive,** vom Erwerber nachzuweisende, **Voraussetzung des Eigentumserwerbes,** ist:

a) im Falle des § 929 Satz 1 lediglich eine dieser Vorschrift gemäß erfolgte Veräußerung. Es müssen also, abgesehen von dem Erfordernisse des Eigentums des Veräußerers, alle Erfordernisse einer nach § 929 Satz 1 rechtswirksamen Veräußerung erfüllt, mithin die Übergabe der Sache durch den Veräußerer an den Erwerber und die Einigung zwischen beiden über den Eigentumsübergang erfolgt sein. Was dazu gehört, ist in den Erl. 2—6 zu § 929 entwickelt. Mängel der Übergabe oder Mängel der Einigung, wie Geschäftsunfähigkeit des Veräußerers, Willensmängel, mangelnde Vertretungsmacht des Vertreters des Veräußerers 2c., werden durch den guten Glauben des Erwerbers hier ebensowenig gedeckt, wie wenn der Veräußerer Eigentümer ist.

Der für den Eigentumserwerb maßgebende Zeitpunkt ist derjenige, in welchem das letzte Erfordernis des Erwerbes erfüllt wird, sei dies die Übergabe oder die Einigung. Wird letztere unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins vorgenommen, so entscheidet der Eintritt der Bedingung oder des Termins (§ 158 Abs. 1, § 163; a. A. Dernburg Bd. III § 103 Anm. 8 S. 306). Es ist hiernach ungenau, wenn in den P. II Bd. 3 S. 210 für den hier fraglichen Fall der Veräußerung immer der Zeitpunkt der Übergabe als maßgebend bezeichnet wird.

b) Im Falle des § 929 Satz 2 genügt die Erfüllung der dort bezeichneten Erfordernisse (schon vorhandener Besitz des Erwerbers und Einigung) nur unter der einschränkenden Voraussetzung, daß der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer, als Mieter, Entleiher 2c., erlangt hatte. In diesem Falle und nur in diesem bietet die frühere Erlangung des Besitzes vom Veräußerer, der übrigens regelmäßig noch zur Zeit der Veräußerung mittelbarer Besitzer sein wird, eine ebenso geeignete Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers wie sonst die Übergabe.

Maßgebend ist für den Eigentumserwerb der Zeitpunkt, in welchem die Einigung zustande kommt oder die aufschiebende Bedingung oder der Anfangstermin eintritt.

2. **Ausgeschlossen wird der Eigentumserwerb** (außer durch unfreiwilligen Besitzverlust des Eigentümers nach § 935) durch Mangel des guten Glaubens auf seiten des Erwerbers zu der für den Erwerb maßgebenden Zeit. Auf diesen Ausschließungsgrund kann sich sowohl der Eigentümer als auch ein Dritter berufen; jedoch trifft sie die Beweislast.

Mangel des guten Glaubens liegt nach dem eine allgemeine Begriffsbestimmung enthaltenden Abs. 2 dann vor, wenn dem Erwerber bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß der Veräußerer nicht Eigentümer ist. Der bezüglich des Mangels des guten Glaubens Beweispflichtige muß also einerseits dartun, daß der Veräußerer nicht Eigen-

§. 933. Gehört eine nach §. 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigenthümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.

---

tümer war, anderseits, daß der Erwerber dies gewußt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gewußt hat. Zu ersterem Zwecke ist klarzustellen, daß der Veräußerer entweder den Besitz auf eine zum Eigentumserwerb überhaupt ungeeignete Art erlangt, oder daß der an sich geeignete Erwerbsakt infolge eines besonderen Umstandes nicht zum Eigentumserwerbe geführt hat, daß z. B. die erfolgte Eigentumsübertragung nichtig oder anfechtbar und angefochten ist. Zum Beweise der Kenntnis des Erwerbers von dem Nichtbestehen des Eigentums des Veräußerers kann sich der Beweispflichtige nach Maßgabe des § 445 der CPO. der Eideszuschiebung bedienen. Eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des Erwerbers ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Erwerber trotz Kenntnis von Umständen, die dringenden Anlaß zu Zweifeln an dem Eigentume des Veräußerers bieten, unter besonders schwerer Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (vgl. Bd. I S. 40) weitere Nachforschungen unterläßt, sondern auch dann, wenn er es unter gleicher Verletzung der gebotenen Sorgfalt unterläßt, sich Kenntnis von Umständen der bezeichneten Art zu verschaffen (RG. 58 S. 162, vgl. dagegen OLG. Hamburg in Rspr. 8 S. 193). Ob ein Rechtsirrtum über das Eigentum des Veräußerers dem Erwerber als grobe Fahrlässigkeit zuzurechnen ist, hängt von den Umständen ab.

Der Kenntnis oder grobfahrlässigen Unkenntnis des Nichteigentums steht es nach § 142 Abs. 2 schon gleich, wenn der Erwerber die Anfechtbarkeit der Eigentumsübertragung auf den Veräußerer kennt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt, mag auch die Anfechtung zur Zeit des Erwerbes noch nicht erfolgt sein, sondern erst später erfolgen (vgl. Bd. I S. 254 Erl. 5 zu § 142, Rspr. 10 S. 138).

Im Falle des Erwerbes durch einen Vertreter kommt es regelmäßig allein auf den guten Glauben des Vertreters und nur bei einem Bevollmächtigten, der nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers handelt, noch daneben auf den guten Glauben des Vertretenen an (§ 166).

Eine besondere gesetzliche Vermutung für den Mangel des guten Glaubens stellt der § 367 des HGB. bei Kaufleuten, die Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreiben, für den Fall auf, daß sie ein dem Eigentümer abhanden gekommenes Inhaberpapier (mit Ausnahme gewisser Arten) nach der gesetzmäßig erfolgten Veröffentlichung des Verlustes im Deutschen Reichsanzeiger vor dem Ablaufe des dem Jahre der Veröffentlichung folgenden Jahres erwerben.

Nachträglicher Wegfall des guten Glaubens hebt den Eigentumserwerb nicht wieder auf; er verschärft jedoch die persönliche Herausgabepflicht des Erwerbers, soweit eine solche überhaupt besteht (§ 819 Abs. 1, § 816 Abs. 1 Satz 2).

3. **Die Wirkung des gutgläubigen Erwerbes** ist, daß der Erwerber Eigentümer wird und folgeweise das Eigentum des bisherigen Eigentümers erlischt. Veräußert der Erwerber die Sache weiter, so erlangt der Erwerber auch dann nach Maßgabe der §§ 929—931 Eigentum, wenn er bezüglich des Rechtsmangels des ersten Veräußerers nicht in gutem Glauben ist.

Eine weitere Wirkung des gutgläubigen Erwerbes bezüglich der an der Sache bestehenden Rechte Dritter ergibt sich aus § 936.

4. Nach § 898 der CPO. finden die Vorschriften der §§ 932, 935, 936 auf den **Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung** entsprechende Anwendung, der sich durch rechtskräftige Verurteilung des Schuldners zur Übertragung des Eigentums und Wegnahme der Sache seitens des Gerichtsvollziehers vollzieht (Erl. 7 zu § 929). Entscheidend für den Erwerb und den guten Glauben ist die Zeit der Wegnahme, falls diese aber vor der Rechtskraft des Urteils erfolgt, der Eintritt der Rechtskraft. Über die Frage, ob mangelnder guter Glaube des Gerichtsvollziehers bei der Wegnahme den Erwerb hindert, vgl. RG. Bd. 39 S. 160 und Struckmann-Koch Anm. 1 zu § 753 der CPO.

§ 933.

E. I § 879 Satz 1; II § 847 Abs. 1 rev. § 918; III § 917. P. I S. 4002 ff., 4007 ff., 4012 f., 4019 ff.; M. III S. 345. P. II Bd. 3 S. 206 ff. D. S. 664.

Der § 933 betrifft die Veräußerung durch einen Nichteigentümer nach Maßgabe des § 930. Sein wesentlicher Inhalt ist der negative Satz, daß im Falle der Veräußerung durch constitutum possessorium der redliche Erwerber nicht Eigentümer wird. Dies entspricht der bisherigen Auslegung des Art. 306 des HGB. (RG. 19 S. 242; 27 S. 26; 33 S. 27).

§. 934. Gehört eine nach §. 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigenthümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist.

§. 935. Der Erwerb des Eigenthums auf Grund der §§. 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren ge-

---

Der positive Inhalt des § 933, daß mit der nachfolgenden Übergabe der Sache durch den Veräußerer an den Erwerber dieser Eigentümer wird, ist ohne selbständige Bedeutung, da mit der nachfolgenden Übergabe auch die im § 929 Satz 1 in Verbindung mit § 932 aufgestellten Erfordernisse des Eigentumserwerbes erfüllt sind. Der Erwerber hat demgemäß auch im Falle des § 933 nur die Einigung und die Übergabe darzutun, ohne auf das dazwischen liegende Konstitut eingehen zu brauchen. Der für den Erwerb und den guten Glauben entscheidende Zeitpunkt ist der der Übergabe.

§ 934.

E. II § 847 Abs. 2 rev. § 919; III § 918. P. II Bd. 3 S. 205 ff.; Bd. 6 S. 263 f., 335. D. S. 664.

Der § 934 betrifft die Veräußerung durch einen Nichteigentümer nach Maßgabe des § 931. Die beiden im § 931 gleich behandelten Fälle werden hier unterschieden.

1. Ist der veräußernde Nichteigentümer **mittelbarer Besitzer** der Sache und veräußert er diese dadurch, daß er sowohl den ihm vermeintlich als Eigentümer zustehenden dinglichen Anspruch als auch den persönlichen Anspruch aus dem seinen mittelbaren Besitz begründenden Rechtsverhältnisse dem Erwerber abtritt, so erblickt das Gesetz in dem wirklich vorhandenen mittelbaren Besitze des Veräußerers eine ebenso geeignete Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers wie im Falle des § 932 Abs. 1 Satz 1 in dem unmittelbaren Besitze des Veräußerers; es läßt deshalb dem Erwerber schon mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs Eigentümer werden, sofern ihm nicht zu dieser Zeit der gute Glaube mangelt. Ob der Erwerber auch noch zu der Zeit, zu der er von dem Dritten den unmittelbaren Besitz erlangt, in gutem Glauben ist, bleibt auf den Eigentumsübergang ohne Einfluß. Die hier fragliche Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn der Veräußerer den mittelbaren Besitz durch constitutum possessorium erlangt hat und deshalb seinerseits trotz guten Glaubens nach § 933 Eigentümer nicht geworden ist. Für diesen Fall eine Ausnahme zu bestimmen, hat die zweite Kommission bei der Revisionslesung ausdrücklich abgelehnt.

2. Ist der Veräußerer **nicht mittelbarer Besitzer** der Sache, so fehlt für den Erwerber zunächst ein genügender objektiver Grund zu der Annahme, daß der Veräußerer Eigentümer sei. Dieses Vertrauen erscheint erst dann gerechtfertigt, wenn der Erwerber nachträglich den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, der Dritte also den in Wirklichkeit nicht bestehenden abgetretenen Eigentumsanspruch befriedigt und damit das Eigentum des Veräußerers anerkennt. Hierfür macht es keinen Unterschied, ob der Dritte dem Erwerber den Besitz freiwillig einräumt oder ob die Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt wird; ebenso gilt es gleich, ob dem Erwerber von dem Dritten unmittelbarer oder nur mittelbarer Besitz eingeräumt wird.

Maßgebend für den Eigentumserwerb und den guten Glauben ist in diesem Falle lediglich die Zeit des nachträglichen Besitzerwerbes durch den Erwerber. Mangel des guten Glaubens zur Zeit der Abtretung des Herausgabeanspruchs hindert den Eigentumserwerb nicht, (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 934).

3. Der Gedanke, daß der Nichteigentümer in den Fällen des § 934 immer zugleich den dinglichen oder obligatorischen Anspruch **des wahren Eigentümers** abtrete (vgl. z. B. Wolff, das Recht zum Besitze S. 156 f.) hängt mit der in der Vorbm. 4 zu §§ 932—935 abgelehnten Auffassung zusammen, welche den gutgläubigen Erwerb auf eine Verfügungsmacht des Veräußerers zurückführt.

§ 935.

E. I § 879 Satz 2; II § 848 rev. 920; III § 919. P. I S. 4007 ff., 4019 ff.; M. III S. 347 ff. P. II Bd. 3 S. 206, 213 f.; Bd. 5 S. 724 f.; Bd. 6 S. 233 f. D. S. 664. RB. S. 2001.

Bendix, Bl. f. RA. 66 S. 373, zur Auslegung des § 935 Abs. 1 BGB.; Fuld, Arch. f. civ. Pr. 89 S. 402 ff., zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichen und Handelsrecht.

gangen oder sonst abhanden gekommen war. Das Gleiche gilt, falls der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.

---

1. **Die im § 935 Abs. 1 bestimmte Ausnahme von den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb** bringt in negativer, die Beweislast klarstellender Fassung den Gedanken zum Ausdrucke, daß der gutgläubige Erwerber nur in den durch den Grundsatz „Hand wahre Hand" bestimmten Grenzen, d. h. unter der Voraussetzung freiwilligen Besitzverlustes des Eigentümers, geschützt wird. Diese Beschränkung des Schutzes greift aber nach § 935 Abs. 2 bei gewissen Sachen und bei einer bestimmten Erwerbsart nicht Platz.

Soweit nach § 935 der gutgläubige Erwerber nicht Eigentümer wird, gewährt ihm das BGB., im Gegensatze zum E. I § 939, dem Herausgabeanspruche des Eigentümers gegenüber auch keinen Lösungsanspruch.

2. **Abhanden gekommene Sachen.** Der für den § 935 Abs. 1 vorbildliche Art. 306 Abs. 4 des HGB. erwähnte nur gestohlene oder verlorene Gegenstände, wurde aber von der Praxis auf alle Fälle angewendet, in denen jemand wider seinen Willen und ohne sein Zutun den Gewahrsam der Sache verloren hat (RG. 1 S. 255). Dementsprechend nennt der § 935 Abs. 1 neben den gestohlenen Sachen, bei denen es selbstverständlich nicht auf die Strafbarkeit des Diebstahls ankommt, und den verlorenen Sachen allgemein die sonst abhanden gekommenen Sachen. Der E. I bezeichnete die Voraussetzung der Ausnahme sachlich übereinstimmend dahin, daß die Sache „in anderer Weise ohne den Willen des Eigentümers oder desjenigen, welcher sie für denselben innehatte, aus deren Inhabung gekommen" sei. Unter Berücksichtigung der Besitzterminologie des BGB. ist eine Sache als abhanden gekommen anzusehen, wenn der unmittelbare Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verloren hat (Erl. 3 zu § 856). Demgemäß kommt es, falls der Eigentümer nicht selbst unmittelbarer, sondern nur mittelbarer Besitzer war, für die Zulässigkeit des gutgläubigen Erwerbes nicht auf seinen Willen, sondern auf den des unmittelbaren Besitzers an; hat dieser den Besitz aufgegeben, so schließt die fehlende Zustimmung des Eigentümers den Schutz des gutgläubigen Erwerbers nicht aus (vgl. Meyer im Recht 1901 S. 256); hat der unmittelbare Besitzer den Besitz ohne seinen Willen verloren, so ist der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen, auch wenn der Besitzverlust mit Willen des Eigentümers erfolgt ist, z. B. ein Dritter im Auftrage des Eigentümers die Sache dem Besitzer weggenommen hat. Durch Unterschlagung der Sache seitens des unmittelbaren Besitzers kommt die Sache dem mittelbaren nicht abhanden (RG. 54 S. 68). Bei einem Besitzdienerverhältnisse kommt für die Frage, ob Besitzverlust ohne Willen vorliegt, lediglich der Wille des Besitzherrn, nicht der des Besitzdieners in Betracht; entzieht dieser die Sache dem Besitzherrn ohne dessen Willen, händigt er sie insbesondere einem Dritten ohne den Willen des Besitzherrn aus, so ist die Sache dem letzteren abhanden gekommen (s. Erl. 4 zu § 856, Erl. 2 zu § 929).

Besitzverlust ohne Willen liegt auch vor, wenn der Besitzer zwar die tatsächliche Gewalt aufgegeben hat, das Aufgeben aber wegen Geschäftsunfähigkeit des Besitzers rechtlich unwirksam ist. Zweifelhaft ist, wie das Aufgeben des Besitzes durch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person beurteilt werden muß. Nach M. III S. 348 wird hier ein Verlust des Besitzes ohne den Willen des Besitzers nicht angenommen, weil der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte willensfähig ist. Dies dürfte indessen nicht richtig sein. Das Aufgeben des Besitzes ist zwar kein Rechtsgeschäft, aber doch eine Rechtshandlung auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden sind (s. S. 38 Erl. 2 zu § 856). Die entsprechende Anwendung des § 111 führt dahin, die ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgte Aufgabe des Besitzes rechtlich insoweit als unwirksam zu behandeln, daß sie als ohne den Willen des Besitzers erfolgt anzusehen ist. Ähnliche Zweifel entstehen, wenn die Aufgabe des Besitzes auf einem Irrtume der im § 119 bezeichneten Art beruht oder wenn der Besitzer durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung zu der Aufgabe des Besitzes bestimmt ist. Nach M. III S. 348 wird auch hier ein Besitzverlust ohne Willen nicht angenommen (ebenso Biermann Erl. 3 zu § 935; Fuld S. 404; OLG. Hamburg in Rspr. 10 S. 138; Dernburg Bd. 3 § 103 Nr. II, 2 S. 307 nimmt freiwilligen Besitzverlust im Falle des Irrtums, unfreiwilligen im Falle der Bestimmung durch Drohung an, ebenso v. Tuhr S. 548). Die ent-

sprechende Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte dürfte indessen auch hier zu einem anderen Ergebnisse führen. Die Aufgabe des Besitzes ist in den gedachten Fällen anfechtbar (§§ 119, 123). Erfolgt die Anfechtung, so ist nach § 142 die Aufgabe des Besitzes als nicht auf dem Willen des Besitzers beruhend anzusehen. Anfechtungsgegner ist nach § 143 Abs. 4 jeder, der auf Grund der Aufgabe des Besitzes ohne den Willen des Besitzers unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat (s. Bd. I S. 256 Erl. 3 zu § 143). Als solcher ist derjenige anzusehen, welcher den Besitz infolge der angefochtenen Aufgabe des Besitzes erlangt hat. Zweifelhaft ist, ob die Anfechtung auch demjenigen gegenüber erfolgen kann, welcher den Erwerb des Eigentums durch Übertragung von seiten des Nichteigentümers auf Grund seines guten Glaubens geltend macht. Die Frage dürfte zu bejahen sein.

Nachlaßsachen, die sich bis zum Tode des Erblassers in dessen unmittelbarem Besitze befunden haben, sind nach § 857 schon vor der Besitzergreifung seitens des Erben als im Besitze des Erben befindlich zu behandeln. Werden sie ohne Willen des Erben von einem anderen, insbesondere einem Erbschaftsbesitzer (§ 2018), in Besitz genommen, so sind sie als dem Eigentümer abhanden gekommene Sachen anzusehen; ein gutgläubiger Erwerb solcher Sachen nach Maßgabe der §§ 932ff. ist also durch § 935 Abs. 1 ausgeschlossen. Die zweite Kommission hat es ausdrücklich abgelehnt, von diesem Ergebnisse zugunsten desjenigen, welcher eine Nachlaßsache von einem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer in gutem Glauben erwirbt, abzuweichen. Der gutgläubige Erwerber von Nachlaßsachen, die dem wahren Erben „abhanden gekommen" sind, genießt also nur dann Schutz nach § 2366, wenn dem Veräußerer ein Erbschein erteilt war.

Der Besitzverlust ohne Willen schließt den Eigentumserwerb auf Grund der §§ 932ff. nicht nur für die erste Veräußerung nach dem Besitzverluste, die Veräußerung durch den Dieb, den Finder 2c., sondern auch für alle künftigen Veräußerungsfälle aus.

Die Beweislast bezüglich des unfreiwilligen Besitzverlustes trifft denjenigen, welcher bestreitet, daß ein Eigentumserwerb auf Grund der §§ 932ff. eingetreten sei.

3. Der Abs. 2 des § 935 versagt bei Geld, Inhaberpapieren und im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerten Sachen dem Besitzverlust ohne Willen die ihm im Abs. 1 beigelegte Wirkung, weil bei diesen Sachen das Interesse des Verkehrs unbedingten Schutz des gutgläubigen Erwerbers erfordert.

a) Geld umfaßt sowohl inländisches als auch ausländisches Geld und bei letzterem Metallgeld wie Papiergeld. Die Reichskassenscheine und die entsprechenden Papiere ausländischer Staaten ohne gesetzliche Papierwährung sind nicht Geld, stehen aber als Inhaberpapiere in bezug auf den Schutz des redlichen Erwerbers dem Gelde gleich. Der Schutz ist unabhängig davon, ob das Geld noch unterscheidbar vorhanden ist.

b) Inhaberpapiere, in betreff deren der § 935 Abs. 2 den Art. 307 des HGB. wiedergibt, sind neben Inhaberaktien namentlich die Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793). Daß sie ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt sind, schließt den Schutz des gutgläubigen Erwerbers nicht aus. Über den auch vom guten Glauben unabhängigen Eigentumserwerb des das Papier einlösenden Ausstellers vgl. § 797 Satz 2. Ein auf den Namen eines bestimmten Berechtigten umgeschriebenes Papier (§ 806) ist, solange es nicht auf den Inhaber zurückgeschrieben ist, kein Inhaberpapier. Das gleiche gilt für ausländische Inhaberpapiere, die nach der für sie maßgebenden ausländischen Gesetzgebung wirksam außer Kurs gesetzt sind (ebenso Fuld S. 410), während bei inländischen Inhaberpapieren die Außerkurssetzung unwirksam ist (EG. Art. 176). Inhaberpapiere sind auch die im § 807 behandelten Karten, Marken und ähnlichen Urkunden, nicht dagegen die im § 808 bezeichneten qualifizierten Legitimationspapiere (Sparkassenbücher 2c.); bei letzteren bestimmt sich der Eigentumserwerb überhaupt in erster Linie nach § 952 Abs. 1 Satz 1 (Strohal im Recht 1901 S. 139f.).

c) Im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerte bewegliche Sachen aller Art sind deshalb in die Ausnahmevorschrift einbezogen, weil die Gefahr, wegen eines früheren unfreiwilligen Besitzverlustes des Eigentümers nicht Eigentum zu erwerben, vom Bieten abhalten und somit den Erfolg der Versteigerung beeinträchtigen würde. Der Begriff der öffentlichen Versteigerung ist im § 383 Abs. 3 Satz 1 bestimmt. Durch die Versteigerung kommt an sich nur der Kaufvertrag und die Einigung über die Eigentumsübertragung zustande (§ 156). Zur Veräußerung im Wege der Versteigerung ist noch weiter die Übergabe erforderlich; diese also bestimmt den für den guten Glauben entscheidenden Zeitpunkt. Ob die öffentliche Versteigerung von einem zu ihrer Vornahme gesetzlich ermächtigten Dritten oder von dem Besitzer der Sache freiwillig veranlaßt wird, macht keinen Unterschied.

§ 936. Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigenthums. In dem Falle des §. 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte. Erfolgt die Veräußerung nach §. 930 oder war die nach §. 931 veräußerte Sache nicht im mittelbaren Besitze des Veräußerers, so erlischt das Recht des Dritten erst dann, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt.

Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs. 1 maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist.

Steht im Falle des §. 931 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht.

---

§ 936.

E. I § 878; II § 849 rev. § 921; III § 920. P. I S. 4002 ff., 4017 ff., 5642 ff.; M. III S. 347. P. II Bd. 3 S. 211 ff.; Bd. 6 S. 234. D. S. 664.

1. **Bedeutung. Anwendungsgebiet. Der § 936** gewährt dem Erwerber einer mit dem Rechte eines Dritten belasteten beweglichen Sache, der sie gutgläubig als lastenfrei ansieht, dadurch Schutz, daß er das Recht des Dritten mit dem Erwerbe des Eigentums erlöschen läßt. Die Vorschriften des § 936 gelten sowohl für die Fälle des Erwerbes vom Eigentümer nach den §§ 929—931 als auch für die Fälle des Erwerbes vom Nichteigentümer nach den §§ 932—935.

2. **Voraussetzung für den Schutz des Erwerbers,** d. h. der von diesem zu beweisende Tatbestand, ist im allgemeinen, daß der Erwerber auf Grund der Veräußerung Eigentum erworben hat. Die Erfordernisse, die zum Eigentumserwerbe genügen, werden aber

a) für die Fälle, in denen der Eigentümer nach Maßgabe des § 929 Satz 2, des § 930 oder des § 931 veräußert, durch den Abs. 1 Satz 2, 3 in gleicher Weise und aus gleichem Grunde verschärft wie in den §§ 932—934. Im Falle des § 929 Satz 2 muß der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt haben (vgl. Erl. 1b zu § 932). Im Falle des § 930 erlischt das Recht des Dritten nicht schon mit dem Eigentumserwerbe, sondern erst, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt, d. h. wenn ihm die Sache vom Veräußerer übergeben wird (vgl. § 933). Im Falle des § 931 erlischt das Recht des Dritten, falls der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer ist, nicht schon mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs, sondern erst, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung oder, wie es im § 934 heißt, von dem Dritten, gegen den sich der abgetretene Anspruch richtet, den Besitz der Sache erlangt (vgl. Erl. 2 zu § 934).

b) In den Fällen der Veräußerung durch einen Nichteigentümer decken sich dagegen die positiven Voraussetzungen des Eigentumserwerbes mit den positiven Voraussetzungen des hier gewährten Schutzes. Für diese Fälle kommt nur der § 936 Abs. 1 Satz 1 in Betracht; die Sätze 2, 3 sind dagegen ohne Bedeutung.

3. **Ausgeschlossen wird das Erlöschen eines die Sache belastenden Rechtes** durch den Mangel des guten Glaubens des Erwerbers. Wer das Fortbestehen des Rechtes behauptet, hat den Mangel des guten Glaubens zu beweisen. Dieser Mangel liegt nach der hier entsprechend anzuwendenden Begriffsbestimmung des § 932 Abs. 2 vor, wenn dem Erwerber das die Sache belastende Recht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist. Maßgebend für die Feststellung des guten Glaubens ist die Zeit des Eigentumserwerbes, im Falle des § 930 die Zeit der nachfolgenden Übergabe, im Falle des § 931, falls der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer war, die Zeit der nachfolgenden Besitzerlangung. Im übrigen trifft das in der Erl. 2 zu § 932 Bemerkte auch für den hier erforderten guten Glauben entsprechend zu.

Hervorzuheben ist nur noch, daß bei Veräußerungen, die ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vornimmt, der Erwerber den hier fraglichen Schutz auch dann genießt, wenn er zwar nicht in bezug auf das Recht eines Dritten, wohl aber in bezug auf die Befugnis des Veräußerers, ohne Vorbehalt jenes Rechtes über die Sache zu verfügen, in gutem Glauben war (HGB. § 366 Abs. 2).

4. **Durch unfreiwilligen Besitzverlust** des Eigentümers oder des Besitzers, welcher diesem den mittelbaren Besitz vermittelt, wird das Erlöschen eines an der Sache bestehenden Rechtes,

z. B. eines dem vermittelnden Besitzer zustehenden Nießbrauchs oder Pfandrechts, jedenfalls insoweit ausgeschlossen, als durch den Besitzverlust nach § 935 auch der Eigentumserwerb gehindert wird. Aber auch, wenn eine bewegliche Sache dem dinglich berechtigten Besitzer (Nießbraucher, Pfandgläubiger) abhanden kommt, hierauf an den Eigentümer entweder dadurch, daß dieser sie dem Besitzer entzieht, oder in anderer Weise zurückgelangt und sodann von ihm rechtswirksam veräußert wird, ist trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift auf Grund entsprechender Anwendung des § 935 anzunehmen, daß das Recht des Besitzers, dem die Sache abhanden gekommen ist, auch einem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht erlischt (M. III S. 348; RG. 1 S. 255; vgl. auch Rspr. 10 S. 113).

5. **Die Wirkung des gutgläubigen Erwerbes** besteht in dem Erlöschen der die Sache belastenden Rechte. Als solche kommen nach dem BGB. Nießbrauch und Pfandrecht in Betracht. Auch die gesetzlichen Pfandrechte erlöschen zugunsten des gutgläubigen Erwerbers, das des Vermieters auch, wenn sich die Sache noch auf dessen Grundstücke befindet, vorausgesetzt, daß das Pfandrecht, was in diesem Falle selten vorkommen wird, dem Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

Die Regel, daß die Rechte, bezüglich deren der Erwerber in gutem Glauben ist, erlöschen, erleidet jedoch folgende Ausnahmen:

a) Bei der Veräußerung nach § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den dritten Besitzer der Sache erlischt ein diesem selbst zustehendes Recht an der Sache auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht. Hierin liegt, ebenso wie in der Vorschrift des § 986 Abs. 2, ein notwendiges Korrektiv der Zulassung einer Veräußerung ohne Mitwirkung des dritten Besitzers.

b) Getrennte Bestandteile und Zubehörstücke eines Grundstücks, auf die sich eine an dem Grundstücke bestehende Hypothek rc. erstreckt, werden durch eine Veräußerung, die vor ihrer Entfernung von dem Grundstück erfolgt, trotz guten Glaubens des Erwerbers nicht von der Haftung frei (§ 1121 Abs. 2 Satz 1).

c) Eingetragene Schiffspfandrechte bleiben trotz guten Glaubens des Erwerbers bestehen (§ 1262 Abs. 1).

6. **Über die entsprechende Anwendung des § 936** vgl. die in der Vorbm. zu den §§ 932—935 unter 2a γ, δ, c α, β und a. E. aufgeführten Stellen.

II. Ersitzung.

Lessing, Die Ersitzung des Eigentums, Sächs. Arch. 6 S. 607 ff.

1. **Ersitzung im allgemeinen.** Die §§ 937—945 regeln den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen durch Ersitzung. Die Ersitzung ist nach dem BGB. nicht, wie nach dem E. I, eine auf das Eigentum an beweglichen Sachen beschränkte Erwerbsart; vielmehr können nach § 900 (vgl. EG. Art. 189 Abs. 2) auch das Eigentum und andere Rechte an Grundstücken und nach § 1033 auch der Nießbrauch an einer beweglichen Sache durch Ersitzung erworben werden. Der § 937 Abs. 1 enthält somit nicht, wie es nach der Fassung scheinen könnte, eine allgemeine Definition des Begriffs der Ersitzung, sondern bestimmt nur den Begriff der Ersitzung als Erwerbsart für das Eigentum an beweglichen Sachen.

2. **Die Unterscheidung** des gemeinen und des preußischen Rechtes **zwischen einer** kürzeren **ordentlichen Ersitzung**, bei welcher der Besitz nicht nur subjektiv redlich sein, sondern auch durch Aufdeckung des Erwerbungsgrundes (Titels) objektiv gerechtfertigt werden muß, **und einer** längeren **außerordentlichen Ersitzung**, bei der das letztere Erfordernis wegfällt, **hat das BGB. aufgegeben.** Es erfordert zur Ersitzung in allen Fällen nur zehnjährigen gutgläubigen Eigenbesitz; die Aufdeckung des Erwerbsgrundes ist nicht eine besondere weitere Voraussetzung der Ersitzung, sondern kann nur mittelbar zum Nachweise des Eigenbesitzes notwendig werden. Mangel des guten Glaubens schließt die Ersitzung schlechthin aus; ist der Eigentumsanspruch dem bösgläubigen Besitzer gegenüber verjährt, so ergibt sich, solange nicht ein anderer den Besitz ohne Rechtsnachfolge erlangt, ein dominium sine re (vgl. P. II Bd. 3 S. 235 f.).

3. **Der wesentliche Zweck des Instituts der Ersitzung** besteht darin, Mängel des ursprünglichen Erwerbstatbestandes, die verhindern, daß der gutgläubige Erwerber des Eigenbesitzes sofort

§. 937. Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitze hat, erwirbt das Eigenthum (Ersitzung).

Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigenthum nicht zusteht.

Eigentum erwirbt, nachträglich zu heilen. Demgemäß bleibt insoweit, als nach den §§ 932ff. der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache ohne weiteres Eigentümer wird, für eine Ersitzung kein Raum mehr. **Das Anwendungsgebiet des Instituts** ist dadurch wesentlich eingeengt. Es erstreckt sich nur noch

a) auf diejenigen Fälle der Veräußerung, in denen der sofortige Eigentumserwerb ausgeschlossen ist, sei es deshalb, weil die Veräußerung ungültig oder nur mittels constitutum possessorium erfolgt ist (§ 933), sei es durch unfreiwilligen Besitzverlust nach § 935;

b) auf die Fälle, in denen der Eigenbesitz auf andere Weise als auf Grund einer Veräußerung gutgläubig erworben ist, z. B. durch Aneignung einer für herrenlos gehaltenen Sache oder durch Erbfolge.

Nebenher gereichen die Vorschriften über die Ersitzung auch einem Eigenbesitzer, der anderweit Eigentum erworben hat, insofern zum Vorteil, als er gegebenenfalls durch sie die Möglichkeit erhält, sein Eigentum, statt es aus den vielleicht schwer nachweisbaren wahren Erwerbstatsachen herzuleiten, mit zehnjährigem Eigenbesitze zu begründen. Praktisch wird dies jedoch mit Rücksicht auf die Eigentumsvermutung des § 1006 nur selten in Betracht kommen.

4. Inhaltsübersicht. Der § 937 regelt die Erfordernisse und die Hauptwirkung der Ersitzung. Der § 938 erleichtert den Beweis des dauernden Besitzes. Der § 939 handelt von den die Ersitzung hemmenden oder ihre Vollendung hinausschiebenden Hindernissen. Die §§ 940—942 betreffen die Unterbrechung der Ersitzung, die §§ 943, 944 die Einrechnung der Besitzzeit eines Vorbesitzers, der § 945 das Erlöschen der beschränkten Rechte an der Sache.

5. Eine Übergangsvorschrift enthält der Art. 185 des EG.

§ 937.

E. I § 881 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 886; II § 851 rev. § 922; III § 921. P. I S. 4035ff., 4047ff.; M. III S. 351f., 355. P. II Bd. 3 S. 228ff., 233f.

Der § 937 bestimmt einerseits die Erfordernisse der Ersitzung als Erwerbsart für das Eigentum an beweglichen Sachen, anderseits die Wirkung dieser Ersitzung; in ersterer Hinsicht wird er durch die §§ 938—944, in letzterer durch den § 945 ergänzt.

1. Gegenstand der Ersitzung kann jede bewegliche Sache sein (vgl. Vorbm. 3 zu diesem Titel, oben S. 220). Auch für gestohlene Sachen besteht keine Ausnahme, vielmehr dient die Ersitzung gerade bei solchen Sachen zur Ausfüllung der Lücke, die der § 935 in dem Schutze des gutgläubigen Erwerbers bestehen läßt. Ein Gesetz, das bestimmte Sachen dem Privateigentum entzöge, würde auch der Ersitzung entgegenstehen. Ein relatives Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 bezeichneten Art schließt dagegen die Ersitzung nicht aus.

2. Erfordernisse der Ersitzung sind:

a) zehnjähriger Eigenbesitz. Nur diesen hat derjenige, welcher sich auf die Ersitzung beruft, darzutun. Dazu ist zunächst

α) der Nachweis erforderlich, daß der Ersitzende den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz der Sache mit dem Willen, die Sache als ihm gehörend zu besitzen, erworben hat (Erl. 2, 3 zu § 872). Zum Beginne der Ersitzung genügt auch ein constitutum possessorium, das nach § 933 zum unmittelbaren Eigentumserwerbe nicht hinreicht. Der zum Eigenbesitz erforderliche Wille kann nur aus den Umständen des Besitzerwerbes entnommen werden, insbesondere daraus, daß der Besitz im Zusammenhange mit einem auf die Eigentumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäft erworben ist. Insofern war es zutreffend, wenn in der zweiten Kommission die Ansicht vertreten wurde, daß durch das Erfordernis des Eigenbesitzes der Ersitzende unter Umständen zur Darlegung seines „Titels“ genötigt werde. Die von Dernburg (Bd. III § 106 Nr. II, 2) vertretene Ansicht, für die Ersitzung müsse der Besitzer bis zum

Beweise des Gegenteils als Eigenbesitzer gelten, widerspricht dem Wortlaute des § 937 und ist von der zweiten Kommission ausdrücklich abgelehnt worden (s. aber auch Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 830).

β) Der Eigenbesitz muß von dem Tage des Erwerbes ab zehn Jahre fortgedauert haben. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Besitz während der Ersitzungszeit als unmittelbarer oder mittelbarer bestanden hat. Für die Berechnung der Frist sind der § 187 Abs. 1 und der § 188 Abs. 2 maßgebend. Der Nachweis des zehnjährigen Eigenbesitzes wird durch den § 938 erleichtert. Nach diesem genügt es, wenn der Ersitzende außer dem Erwerbe des Eigenbesitzes noch nachweist, daß er die Sache auch am Ende der Ersitzungsfrist im Eigenbesitze gehabt hat; die Fortdauer seines Eigenbesitzes in der Zwischenzeit wird alsdann bis zum Beweise des Gegenteils vermutet (CPO. § 292). Dabei wird es eines besonderen Beweises des auf Eigenbesitz gerichteten Willens am Ende der Ersitzungsfrist nicht bedürfen. Die Widerlegung der im § 938 aufgestellten Vermutung schließt zugleich den Nachweis in sich, daß die Ersitzung durch Verlust des Eigenbesitzes unterbrochen ist (vgl. § 940).

b) Guter Glaube des Eigenbesitzers während der Ersitzungszeit. Jedoch hat, entsprechend dem § 932, nicht der Eigenbesitzer den guten Glauben, sondern sein Gegner den Mangel dieses Erfordernisses zu beweisen.

α) Mangel des guten Glaubens zur Zeit des Besitzerwerbes war nach dem E. I anzunehmen, wenn dem Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß er das Eigentum nicht erwerbe. Der E. I wurde in diesem Punkte von der zweiten Kommission sachlich gebilligt. Nur zur Vereinfachung der Fassung ist im § 937 Abs. 2 an die im § 932 Abs. 2 gegebene Begriffsbestimmung des guten Glaubens angeknüpft und deshalb die Voraussetzung des Ausschlusses der Ersitzung dahin bestimmt, daß der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist. Diese Fassung ist jedoch ungenau. Wörtlich genommen wäre nach ihr Mangel des guten Glaubens nur vorhanden, wenn dem Besitzer bei dem Besitzerwerbe bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Die Vorschrift würde also nur die Fälle treffen, in denen der Ersitzende den Besitz auf Grund einer Veräußerung der Sache durch einen Nichteigentümer erlangt; dagegen würde für die übrigen vom § 937 Abs. 1 mitgetroffenen Fälle, in denen der Ersitzung eine unwirksame Veräußerung oder überhaupt keine Veräußerung zu Grunde liegt, eine die Ersitzung mit Rücksicht auf den bösen Glauben des Besitzers ausschließende Vorschrift fehlen. Die hier fragliche Vorschrift muß also in demselben weiteren Sinne verstanden werden, den der E. I aussprach, wie denn auch der § 937 Abs. 2 den nachträglich eintretenden bösen Glauben mit dem allgemeinen Ausdrucke kennzeichnet: „wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht."

Mangel des guten Glaubens bei dem Besitzerwerbe liegt hiernach vor, wenn dem Besitzer bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er nicht Eigentum erwirbt, also z. B. auch, wenn er weiß, daß der veräußernde Eigentümer geschäftsunfähig oder daß die Sache, die er sich aneignet, nicht herrenlos oder daß eine als Nachlaßsache von ihm in Besitz genommene Sache nicht zum Nachlasse gehört. Bezüglich des Begriffs der groben Fahrlässigkeit, der Wirkung eines Rechtsirrtums und des Falles eines dem Eigentume des Veräußerers zugrunde liegenden anfechtbaren Rechtsgeschäfts gilt das in der Erl. 2 zu § 932 Bemerkte.

β) Als nachträglich eintretender Mangel des guten Glaubens (mala fides superveniens) wird es nur behandelt, wenn der Eigentümer später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht, d. h. wenn er die Überzeugung hiervon erlangt (Dernburg S. 299). Wer den Eigenbesitz gutgläubig erworben hat, braucht, auch wenn die Umstände hinterher Anlaß zu Zweifeln an seinem Eigentume geben, keine Nachforschungen über dieses anzustellen. Deshalb muß ihm wirkliche Kenntnis seines Nichteigentums nachgewiesen werden; der Kenntnis ist eine selbst auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis hier nicht gleichgestellt. Die Gleichstellung war bei der zweiten Lesung unter Hinweis auf den Fall beantragt, daß jemand es absichtlich vermeide, sich die Kenntnis eines Umstandes zu verschaffen, der seinem Erwerb entgegenstehen würde, z. B. die polizeilichen Bekanntmachungen über verlorene Sachen nicht lese, um nicht zu erfahren, daß eine von ihm in Besitz genommene Sache verloren sei. Indessen wird in solchen Fällen der Regel nach der gute Glaube schon bei dem Besitzerwerbe fehlen. Nur wenn ausnahmsweise die Annahme gerechtfertigt war, daß die Sache nicht verloren, sondern herrenlos sei, ist der Besitznehmer als gutgläubig anzusehen; dann aber fällt ihm auch nicht Fahrlässigkeit zur

§. 938. Hat Jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitze gehabt, so wird vermuthet, daß sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe.

§. 939. Die Ersitzung kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigenthumsanspruchs gehemmt ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§. 206, 207 entgegenstehen.

Last, wenn er sich um die Bekanntmachungen verlorener Sachen weiter nicht kümmert (vgl. auch Cosack Bd. 2 § 207 S. 141 unter Nr. 3 II, in dessen Beispielsfalle wohl nachträgliche Kenntnis von dem Gestohlensein des Buches anzunehmen sein wird). Man braucht hiernach, um in den gedachten Fällen zu einer angemessenen Entscheidung zu gelangen, nicht mit den P. II Bd. 3 S. 233 auf den Begriff des dolus eventualis oder auf eine entsprechende Anwendung des § 162 Abs. 1 zurückzugreifen.

Nachträglich entstandener böser Glaube unterbricht nicht nur die Ersitzung mit der im § 942 bestimmten Wirkung, sondern schließt eine solche für den gegenwärtigen Besitzer dauernd aus, er müßte denn den Eigenbesitz, etwa nach Rückgabe der Sache an den vermeintlichen oder wirklichen Eigentümer, von neuem gutgläubig erwerben.

3. **Die Wirkung der Ersitzung** besteht in dem Erwerbe des Eigentums durch den Eigenbesitzer oder bei gemeinschaftlichen Eigenbesitz durch die Mitbesitzer (vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 831 f.), womit von selbst das Erlöschen des bisherigen Eigentums verbunden ist (vgl. im übrigen § 945). Dem bisherigen Eigentümer steht gegen den Erwerber auch nicht etwa ein persönlicher Anspruch nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.) zu; denn der Erwerber erlangt zwar das Eigentum auf Kosten des bisherigen Eigentümers, aber nicht ohne rechtlichen Grund. Letzteres ergab sich im E. I aus dem § 748 Abs. 2, der besagte, daß es als rechtlicher Grund im Zweifel anzusehen sei, wenn ein Rechtsverlust auf einer ihn bestimmenden Vorschrift beruht, kann aber auch nach der Streichung dieser Bestimmung (P. II Bd. 2 S. 686) nicht zweifelhaft sein (vgl. dagegen § 951 Abs. 1, § 977).

4. **Eine Ausnahme von den Vorschriften des § 937** macht der § 2026 zugunsten des Erben in betreff der Ersitzung durch den Erbschaftsbesitzer. Vgl. die Erl. zu § 2026.

§ 938.

E. I § 883; II § 853 rev. § 924; III § 923. P. I S. 4043; M. III S. 353. P. II Bd. 3 S. 230.

Vgl. Erl. 2a β zu § 937.

§ 939.

E. I § 884; II § 853 rev. § 924; III § 923. P. I S. 4043 f.; M. III S. 353 f. P. II Bd. 3 S. 230 f.; Bd. 6 S. 234 f.

Zweck der Vorschrift. Da der Eigentümer dem Ersitzenden gegenüber sein Recht nur durch gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruchs wahren kann, so entspricht es der Billigkeit, daß Hindernissen, die der Rechtsverfolgung des Eigentümers entgegenstehen, auch ein entsprechender Einfluß auf die Ersitzung eingeräumt wird. Dies geschieht durch den § 939 in bezug auf diejenigen Hindernisse, welche die Verjährung des Eigentumsanspruchs hemmen oder ihrer Vollendung entgegenstehen.

1. **Die hier berücksichtigten Hindernisse der Rechtsverfolgung sind folgende:**

a) Umstände, welche die Verjährung des Eigentumsanspruchs hemmen:

α) Das Bestehen einer verzögerlichen Einrede gegen den Eigentumsanspruch kommt, soweit es überhaupt nach § 202 die Verjährung hemmt, hier nicht in Betracht. Denn ein Besitzer, der nur vorübergehend zur Verweigerung der Herausgabe der Sache berechtigt ist, kann, abgesehen von den Fällen des § 202 Abs. 2, nicht gutgläubiger Eigenbesitzer sein, sodaß die Ersitzung ausgeschlossen, nicht aber nur nach § 939 gehemmt ist.

β) Eine innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist bestehende Verhinderung des Eigentümers an der Rechtsverfolgung durch höhere Gewalt, insbesondere durch Stillstand der Rechtspflege (§ 203, Bd. I S. 345).

γ) Das Bestehen eines familienrechtlichen Verhältnisses zwischen dem Eigentümer und dem Ersitzenden, nämlich der Ehe, des Eltern- und Kindesverhältnisses, dieses

§. 940. Die Ersitzung wird durch den Verlust des Eigenbesitzes unterbrochen.

Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahresfrist oder mittelst einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat.

---

jedoch nur während der Minderjährigkeit des Kindes, und des Vormundschaftsverhältnisses (§ 204; Bd. I S. 346).

b) Umstände, welche der Vollendung der Ersitzung entgegenstehen.

α) Mangel der gesetzlichen Vertretung bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Eigentümers mit der Maßgabe, daß die Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Eintritte der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit oder dem Aufhören des Vertretungsmangels vollendet wird (§ 206).

β) Tod des Eigentümers oder des Ersitzenden dergestalt, daß die Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach der Annahme der Erbschaft, der Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder dem Eintritt einer die Geltendmachung des Anspruchs ermöglichenden Vertretung vollendet wird (§ 207).

2. **Wirkungen.** Besteht ein die Verjährung des Eigentumsanspruchs hemmendes Hindernis (Erl. 1 a *γ*) bei dem Beginne der Ersitzung, d. h. bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes, so kann die Ersitzung bis zum Wegfalle des Hindernisses nicht beginnen. Das bedeutet nicht, daß der Zeitpunkt, in welchem das Hindernis (die Ehe ꝛc.) wegfällt, an die Stelle des sonst für den Beginn der Ersitzung maßgebenden Zeitpunkts des Besitzerwerbes tritt, so daß die Ersitzung ausgeschlossen wäre, wenn der Ersitzende in dem bezeichneten Zeitpunkte nicht „in gutem Glauben" (§ 937 Abs. 2, Erl. 2 b *α* zu § 937) ist. Vielmehr sind die Worte des § 939: „Die Ersitzung kann nicht beginnen, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist" im Hinblick auf den § 205 dahin zu verstehen, daß der Zeitraum, während dessen der Hemmungsgrund besteht, in die Ersitzungsfrist nicht eingerechnet wird.

In demselben Sinne kann beim Bestehen eines der in Erl. 1 a *β*, *γ* bezeichneten Hindernisse die begonnene Ersitzung, solange die Verjährung gehemmt ist, nicht fortgesetzt werden.

Solange endlich die Verjährung des Eigentumsanspruchs nach den §§ 206, 207 nicht vollendet wird, kann auch die begonnene Ersitzung nicht fortgesetzt, d. h. nicht vollendet werden.

3. Die **Beweislast** bezüglich des Bestehens eines der hier fraglichen Hindernisse trifft den Gegner des Ersitzenden.

§ 940.

E. I § 885 Abs. 1, 3; II § 854 rev. § 925; III § 924. P. I S. 4044 ff.; M. III S. 354 f. P. II Bd. 3 S. 231 f.

1. Der im Abs. 1 enthaltene Satz, daß die Ersitzung durch den Verlust des Eigenbesitzes unterbrochen wird, ist an sich nur eine Folgerung aus dem für die Ersitzung geltenden Erforderniſſe dauernden Eigenbesitzes und hätte auch nicht zur Klarstellung der Beweislast ausgesprochen zu werden brauchen, da in dieser Hinsicht der § 938 genügt. Seine Aufnahme war aber wegen der im Abs. 2 angeknüpften Einschränkung notwendig.

Verlust des Eigenbesitzes tritt ein durch Beendigung des Besitzes oder durch Aufgeben des zum Eigenbesitz erforderlichen Willens (vgl. Erl. 3 b zu § 872, Erl. zu § 856 und Erl. 3 b zu § 868). Durch Umwandelung des unmittelbaren Eigenbesitzes in mittelbaren oder des mittelbaren in unmittelbaren geht der Eigenbesitz nicht verloren.

Stirbt der Eigenbesitzer, so gilt zugunsten des Erben der tatsächliche Zustand, in welchem sich die Sache bis zur Besitzergreifung durch einen Dritten befindet, nach § 857 als Fortsetzung des Eigenbesitzes des Erblassers. Verlust des Eigenbesitzes tritt also nicht schon mit dem Tode des Erblassers, sondern erst dann ein, wenn der bezeichnete tatsächliche Zustand durch die Besitzergreifung seitens eines Dritten beendigt wird (vgl. Erl. 2 zu § 857, oben S. 40).

2. Der **Abs. 2** eröffnet in Anlehnung an den Art. 2243 des code civil dem Ersitzenden unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, daß die nach Abs. 1 eingetretene Unterbrechung wieder rückgängig wird.

§. 941. Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigenthumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet; die Unterbrechung tritt jedoch nur zu Gunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt. Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§. 209 bis 212, 216, 219, 220 finden entsprechende Anwendung.

---

a) Voraussetzung dieser Vergünstigung ist:

α) daß der Eigenbesitzer (oder nach dem soeben Bemerkten der Erbe) den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren, also nicht den Besitz oder den Eigenbesitzwillen aufgegeben hat, und

β) daß er ferner vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Verlust entweder den Eigenbesitz wiedererlangt oder doch Klage auf Herausgabe der Sache erhebt und mittels dieser Klage alsdann den Eigenbesitz wiedererlangt. Die Jahresfrist berechnet sich nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2. Wie die Wiedererlangung erfolgt, ob insbesondere durch verbotene Eigenmacht, gilt gleich. Ebenso macht es keinen Unterschied, ob die Klage eine possessorische oder eine petitorische, sei es aus dem Eigentum oder aus dem früheren Besitz, ist. Mittels der Klage ist der Eigenbesitz wiedererlangt, wenn er von dem Beklagten oder einer Person, gegen die das rechtskräftige Urteil nach § 325 der CPO. wirkt, zwangsweise oder freiwillig wiedereingeräumt ist.

b) Die Wirkung, die der Abs. 2 an die vorbezeichneten Voraussetzungen knüpft, ist die, daß die Unterbrechung der Ersitzung als nicht erfolgt gilt. Die Zwischenzeit von dem Verluste bis zur Wiedererlangung des Eigenbesitzes ist also, abweichend vom E. I, in die Ersitzungsfrist einzurechnen.

3. **Die Beweislast** trifft bezüglich des Verlustes des Eigenbesitzes (Abs. 1) den Gegner des Ersitzenden, bezüglich der die Unterbrechung aufhebenden Umstände (Abs. 2) den Ersitzenden.

4. **Die Wirkung der Unterbrechung** ergibt sich aus § 942.

§ 941.

E. I § 887; II § 855 rev. § 926; III § 925. P. I S. 4047 ff.; M. III S. 355 f. P. II Bd. 3 S. 234 f.; Bd. 4 S. 585 f.; Bd. 6 S. 236 f.

1. Die hier behandelte **Unterbrechung durch gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruchs** unterscheidet sich von der Unterbrechung durch Besitzverlust wesentlich dadurch, daß sie nur relativ wirkt, nämlich nur für denjenigen, welcher sie herbeiführt. Ist dies also nicht der Eigentümer, so wird ihm gegenüber die Ersitzung ohne Rücksicht auf die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs fortgesetzt und gegebenenfalls vollendet. Dem Rechtsnachfolger desjenigen, welcher den Anspruch geltend gemacht hat, kommt die Unterbrechung selbstverständlich auch zu statten.

2. **Die gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruchs kann erfolgen:**

a) durch Klageerhebung. Die Klage kann gerichtet sein auf Herausgabe der Sache gemäß § 985 (nicht gemäß § 1007), auf Feststellung des Eigentums, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel für ein zur Herausgabe verurteilendes Urteil oder auf Erlassung des Vollstreckungsurteils in bezug auf ein ausländisches Urteil oder einen Schiedsspruch, welche die Verpflichtung des Ersitzenden zur Herausgabe auf Grund des Eigentums aussprechen (**Satz** 2 verb. mit **§ 209 Abs. 1**). Die Dauer und die Wiederaufhebung der Unterbrechung bestimmen sich nach den **§§ 211, 212, 219**;

b) durch **Vornahme einer Vollstreckungshandlung oder Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung** bei dem für die betreffende Maßnahme (s. z. B. CPO. § 886) zuständigen Vollstreckungsgerichte (**§ 209 Abs. 2 Nr. 5**). Für die Wiederaufnahme der so bewirkten Unterbrechung ist der **§ 216** maßgebend;

c) durch **Einreichung des Gesuchs auf Vorentscheidung** über die Zulässigkeit des Rechtswegs **oder auf Bestimmung des zuständigen Gerichts** gemäß § 210;

d) durch **Erhebung des Anspruchs vor einem** dafür bestimmten **Schiedsgerichte** nach Maßgabe des **§ 220**.

Die übrigen im § 209 Abs. 2 Nr. 1—4 genannten Arten der Geltendmachung eines Anspruchs kommen hier nicht in Betracht; im § 941 Satz 2 sind deshalb auch die §§ 213—215 nicht mit in bezug genommen.

§. 942. Wird die Ersitzung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Ersitzung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen.

---

3. **Zur Unterbrechung der Ersitzung genügt** in allen Fällen **die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen den Eigenbesitzer**, mag dieser unmittelbarer oder nur mittelbarer Besitzer sein. Im letzteren Falle ist aber **auch die Geltendmachung des Anspruchs gegen den** den mittelbaren Besitz **vermittelnden Besitzer** zur Unterbrechung der Ersitzung ausreichend. Diese Bestimmung wurde zwar in der Erwägung aufgenommen, daß der Eigentümer gegen den mittelbaren Besitzer nicht auf Herausgabe, sondern nur auf Feststellung klagen könne und daß man deshalb auch der gegen den unmittelbaren Besitzer gerichteten Klage auf Herausgabe unterbrechende Wirkung beilegen müsse. Da aber vom Standpunkte des BGB. auch gegen den mittelbaren Besitzer ein Eigentumsanspruch auf Herausgabe nach § 985 zulässig ist, so müssen die Worte „oder im Falle des mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer rc." nunmehr dahin verstanden werden, daß im Falle des mittelbaren Eigenbesitzes neben der Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen den Eigenbesitzer auch der Geltendmachung des Anspruchs gegen den vermittelnden Besitzer unterbrechende Wirkung zukommt. Dies ergibt sich auch daraus, daß die zweite Kommission im Zusammenhange mit dem Beschlusse, den Eigentumsanspruch auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber zuzulassen (vgl. Erl. 1bβ zu § 985) einen Antrag, der in dem jetzigen § 941 hinter den Worten „im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes" die Worte „gegen den Eigenbesitzer oder" einschalten wollte, als nur die Fassung betreffend der Redaktionskommission überwies, welche diese Verdeutlichung aber für entbehrlich erachtete.

Hat der Eigenbesitzer den Besitz verloren, aber später derart wiedererlangt, daß die durch den Besitzverlust bewirkte Unterbrechung nach § 940 Abs. 2 als nicht erfolgt gilt, so scheinen Billigkeitsgründe dafür zu sprechen, daß, wenn in der Zwischenzeit der Eigentumsanspruch gegen den Zwischenbesitzer geltend gemacht ist, dadurch auch dem den Besitz wiedererlangenden Eigenbesitzer gegenüber die Ersitzung unterbrochen werde. Eine ausdrückliche Bestimmung dieses Inhalts lehnte die zweite Kommission jedoch ab. Sie nahm dabei zwar an, daß man auch ohne eine solche zu dem gleichen Ergebnisse kommen werde. Diese Ansicht dürfte aber nicht zutreffen. Sie läßt sich weder aus § 940 Abs. 2 noch aus § 941 begründen; letztere Vorschrift spricht vielmehr insofern gegen sie, als danach der Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen einen Besitzer, der nicht selbst in der Ersitzungslage ist, nur dann unterbrechende Wirkung beigelegt ist, wenn der Besitzer dem Ersitzenden mittelbaren Besitz vermittelt. Auch mit der Vorschrift des § 325 der CPO. über die Wirkung des rechtskräftigen Urteils steht die Ansicht der Kommission nicht im Einklange.

§ 942.

E. I § 885 Abs. 2; II § 856 rev. § 927; III § 926. P. I S. 4044 ff.; M. III S. 354. P. II Bd. 3 S. 232 f.

Der § 942 bestimmt die Wirkung der Unterbrechung für die Ersitzung in Übereinstimmung mit der entsprechenden Vorschrift des § 217 für die Verjährung. Der E. I enthielt eine solche Vorschrift nur für den Fall der Unterbrechung durch Besitzverlust. Auf die Unterbrechung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs finden die Bestimmungen des § 942 nur mit der Beschränkung Anwendung, die sich aus der relativen Wirkung der Unterbrechung ergibt.

Die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit kommt nicht in Betracht. Das bedeutet: Die begonnene Ersitzung wird nach der Unterbrechung nicht fortgesetzt, sondern die Ersitzung muß nach der Unterbrechung von neuem beginnen. **Eine neue Ersitzung kann aber erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen.** Dies versteht sich für den Fall des Besitzverlustes von selbst, da es vor der Wiedererlangung des Besitzes, mit der diese Unterbrechung erst endigt, an dem wesentlichsten Erfordernisse für den Beginn einer neuen Ersitzung fehlt. Von positiver Bedeutung ist der Satz 2 des § 941 dagegen für die Unterbrechung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs. Die Beendigung der Unterbrechung ergibt sich in den in Erl. 2 zu § 941 unter a, c, d bezeichneten Fällen aus § 211, § 210 und § 220; in den ebenda unter b angeführten Fällen tritt sie sofort nach der Vornahme der Vollstreckungshandlung oder nach der Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung ein (Erl. 1 zu § 216).

Die Erfordernisse einer neuen Ersitzung bestimmen sich nach § 937. Die Frage, ob der Eigenbesitzer nicht mehr in gutem Glauben ist, muß auch nach der Unterbrechung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden.

§. 943. Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Dritten zu Statten.

---

§ 943.

E. I § 882; II § 857, § 858 Abs. 1 Satz 1 rev. § 928; III § 927. P. I S. 4041 ff.; M. III S. 353. P. II Bd. 3 S. 230; Bd. 5 S. 653 f.

Der § 943 gestattet die Anrechnung der Besitzzeit des Rechtsvorgängers (accessio temporis) entsprechend dem bisherigen Rechte. Die Vorschrift schließt sich eng an die für die Verjährung geltende Bestimmung des § 221 an.

1. **Voraussetzung ist, daß die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten gelangt.** Dies trifft zunächst nach § 857 für den Erben zu (Erl. 2 zu § 857, oben S. 40). Die Frage, wann eine Sache als durch Sondernachfolge in den Besitz eines Dritten gelangt anzusehen ist, muß hier ebenso beantwortet werden wie bei § 221. Nach den Ausführungen in der Erl. 2 zu § 221 (Bd. I S. 363 ff.) ist also hier erforderlich, daß die Sache auf Grund einer Einigung mit dem bisherigen Besitzer in den Eigenbesitz eines Dritten gelangt ist. Die in den früheren Auflagen vertretene Auffassung, wonach der Besitz nur dann als durch Rechtsnachfolge erlangt anzusehen sein sollte, wenn der bisherige Besitzer dem gegenwärtigen sein Recht zum Besitz oder doch die ihm in Ansehung der Sache zustehende Rechtsposition übertragen habe, kann aus den zu § 221 entwickelten Gründen auch hier nicht aufrechterhalten werden. Nach dem dort Ausgeführten ist die Voraussetzung des § 943 insbesondere dann gegeben, wenn auf Grund eines nichtigen oder eines anfechtbaren und angefochtenen Veräußerungsgeschäfts der Eigenbesitz zufolge einer gültigen Einigung über dessen Überlassung vom bisherigen Besitzer einem Dritten überlassen ist, sowie wenn der Dritte den Besitz in diesem Falle dem früheren Besitzer zurücküberläßt, ferner auch dann, wenn der Eigenbesitz auf Grund eines auflösend bedingten Veräußerungsgeschäfts dem Erwerber überlassen und nach dem Eintritte der Bedingung dem Veräußerer zurücküberlassen wird.

2. **Die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit kommt dem Dritten nur dann zustatten,** wenn er selbst in der Ersitzungslage, also bei seinem Besitzerwerb in gutem Glauben ist. Eine Übertragung der Ersitzungslage des Rechtsvorgängers (successio in usucapionem) ist durch den § 943 nicht anerkannt; es ist daher ungenau, wenn die Motive die Vorschrift dahin erläutern, sie spreche aus, daß die Ersitzungslage, wenn auch kein erworbenes Recht, doch eine Rechtsposition sei, welche ebenso wie das Eigentum im Wege der Singular- und Universalsukzession übertragen werde (Biermann Erl. 1 zu § 943; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 832).

Auch der Erbe tritt also, abweichend vom gemeinen Rechte, nicht von Rechtswegen in die Ersitzungslage des Erblassers ein, sondern kann nur, wenn bei ihm selbst die Erfordernisse der Ersitzung vorliegen, sich die Besitzzeit des Erblassers anrechnen. Daß das gleiche für die Zeit gilt, die zwischen dem Tode des Erblassers und der Besitzergreifung seitens des Erben oder eines Dritten liegt, ergibt sich aus § 857. Ergreift ein Dritter den Besitz, so wird die für den Erben begonnene Ersitzung unterbrochen; die Unterbrechung gilt aber als nicht erfolgt, wenn der Erbe den Eigenbesitz binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt (§ 940). In diesem Falle ist auch die Besitzzeit des Dritten in die Ersitzungsfrist einzurechnen. Noch weiter geht der § 944 bezüglich der Besitzzeit eines Erbschaftsbesitzers.

Befindet sich der Erbe bezüglich einer Sache, die der Erblasser als fremde, also nicht in der Ersitzungslage besaß, bei dem Besitzerwerbe seinerseits in gutem Glauben, so kann er (wiederum entgegen dem gemeinen Rechte) die Ersitzung beginnen (M. III S. 355; a. M. Dernburg Bd. 3 § 106 unter 3a S. 316); die Besitzzeit des Erblassers kommt ihm aber, da sie keine „Ersitzungszeit“ ist, nicht zustatten. Hat der Erbe nur Erbenbesitz nach § 857 erworben, so kommt es auf seinen Glauben zu der Zeit an, zu der er von dem Besitzerwerbe Kenntnis erlangt (Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 833).

Die Anrechnung beschränkt sich nicht auf die Besitzzeit des unmittelbaren Rechtsvorgängers, sondern erstreckt sich auch auf die Besitzzeit der entfernteren Rechtsvorgänger des Ersitzenden, also z. B. in den in der Erl. 1 a. E. hervorgehobenen Fällen einer ungültigen oder auflösend bedingten Veräußerung nach der Rücküberlassung der Sache an den Veräußerer sowohl auf die Besitzzeit des Erwerbers als auch auf die frühere Besitzzeit des Veräußerers selbst.

§. 944. Die Ersitzungszeit, die zu Gunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zu Statten.

§. 945. Mit dem Erwerbe des Eigenthums durch Ersitzung erlöschen die an der Sache vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes begründeten Rechte Dritter, es

---

§ 944.

E. II § 858 Abs. 2 rev. § 929; III § 928. P. II Bd. 3 S. 236 f.

Der § 944 gestattet dem Erben die Einrechnung der zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichenen Ersitzungszeit. Diese Vergünstigung beruht auf einem ähnlichen Gedanken wie der § 2019 Abs. 1, wonach alles, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, Bestandteil der Erbschaft wird.

1. Voraussetzung der Vorschrift ist, daß zugunsten eines Erbschaftsbesitzers eine gewisse Ersitzungszeit verstrichen ist. Erbschaftsbesitzer ist, wer auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (§ 2018). In der Ersitzungslage befindet sich ein Erbschaftsbesitzer in zwei Fällen:

a) wenn er in gutem Glauben an sein Erbrecht den Eigenbesitz einer Sache erlangt hat, die rechtlich zur Erbschaft gehört, d. h. Eigentum des Erblassers gewesen ist,

b) wenn er in gutem Glauben an sein Erbrecht den Eigenbesitz einer Sache erlangt hat, die zwar rechtlich nicht zur Erbschaft gehört, bezüglich deren Zugehörigkeit zur Erbschaft der Erbschaftsbesitzer aber gleichfalls in gutem Glauben war.

Von diesen beiden Fällen kommt der erste für die Anwendung des § 944 nur dann in Betracht, wenn der Erbe, statt sein Eigentum an der Sache aus dem Eigentume des Erblassers und der Erbfolge herzuleiten, sich auf Ersitzung beruft. Wichtiger ist der § 944 für den zweiten der obigen Fälle. Dieser setzt, wie erwähnt, guten Glauben des Erbschaftsbesitzers sowohl bezüglich seines Erbrechts als auch bezüglich der rechtlichen Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft voraus. Die nach den P. II von der Mehrheit der zweiten Kommission gebilligte Ansicht, daß es auf den guten Glauben des Erbschaftsbesitzers bezüglich seines Erbrechts hier nicht ankomme, erscheint mit dem Wortlaute der Vorschrift, die eine zugunsten des Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit voraussetzt, nicht vereinbar (ebenso Biermann; a. A. Endemann § 82 Anm. 16, Dernburg § 106 Anm. 14, Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 833).

2. Der Inhalt der Vorschrift geht dahin, daß dem Erben die zugunsten des Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit zustatten kommt. Der Erbe kann also, wenn ihm zu der Zeit, zu der er den Eigenbesitz von dem Erbschaftsbesitzer erlangt, nicht der gute Glaube an die Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft fehlt, in die für ihn zur Ersitzung erforderliche Frist die zugunsten des Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit einrechnen, auch wenn die Sache nicht durch Rechtsnachfolge in seinen Besitz gelangt. Ob das gleiche von der Ersitzungszeit anzunehmen ist, die etwa schon für den Erblasser und nach dessen Tode bis zur Besitzergreifung durch den Erbschaftsbesitzer verstrichen war, erscheint zweifelhaft, weil durch die Besitzergreifung des Erbschaftsbesitzers die früher begonnene Ersitzung unterbrochen wird. Indessen dürfte es dem Gedanken des § 944 entsprechen, diese Unterbrechung zugunsten des Erben als nicht erfolgt zu behandeln, da die zugunsten des Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit so angesehen werden soll, wie wenn der Erbschaftsbesitzer Rechtsvorgänger des Erben wäre, und demgemäß auch die Besitzergreifung durch den Erbschaftsbesitzer zugunsten des Erben einer durch diesen selbst vorgenommenen gleichzuachten sein wird.

Daß eine durch den Erbschaftsbesitzer vollendete Ersitzung in dem unter Nr. 1 b bezeichneten Falle dem Erben zustatten kommt, d. h. ihm das Eigentum verschafft, ist aus § 944 nicht zu entnehmen (a. A. Biermann). Solange aber der Erbschaftsanspruch nicht verjährt ist, kann der Erbe nach § 2026 allerdings die vom Erbschaftsbesitzer ersessene Sache als für ihn erworben in Anspruch nehmen (vgl. Erl. zu § 2026).

§ 945.

E. I § 889; II § 860 rev. § 930; III § 929. P. I S. 4035 ff.; M. III S. 356. P. II Bd. 3 S. 237 f.

1. **Der § 945 knüpft,** entsprechend dem § 936, **an die vollendete Ersitzung** als weitere Wirkung neben dem Eigentumserwerbe **das Erlöschen der an der Sache bestehenden beschränkten Rechte.**

sei denn, daß der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in Ansehung dieser Rechte nicht in gutem Glauben ist oder ihr Bestehen später erfährt. Die Ersitzungsfrist muß auch in Ansehung des Rechtes des Dritten verstrichen sein; die Vorschriften der §§. 939 bis 944 finden entsprechende Anwendung.

---

a) Nur die vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes durch den Ersitzenden begründeten Rechte Dritter (Nießbrauch, Pfandrecht) sind der Wirkung der Ersitzung ausgesetzt. Dagegen bleiben von der Ersitzung unberührt sowohl die von dem Ersitzenden selbst bestellten Rechte als auch ein nach dem Besitzerwerbe des Ersitzenden von dem bisherigen Eigentümer mittels Abtretung des Herausgabeanspruchs bestellter Nießbrauch (§ 1032 Satz 2; das Pfandrecht kommt nach § 1205 nicht in Betracht). Entsprechend dem § 936 Abs. 3 wird aber ferner anzunehmen sein, daß, wenn der Ersitzende mittelbaren Eigenbesitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 871 erworben hat, selbst ein vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes des Ersitzenden begründetes Recht des unmittelbaren Besitzers bestehen bleibt (so Wolff, Das Recht zum Besitze i. d. Festgabe der Berliner Jurist. Gesellschaft f. Koch S. 158 Anm. 2).

b) Zur Begründung des Erlöschens eines Rechtes an der Sache genügt der Nachweis der positiven Ersitzungserfordernisse, also des zehnjährigen Eigenbesitzes (§ 937 Abs. 1).

Der Berechtigte kann demgegenüber entweder

α) den behaupteten Eigentumserwerb durch Ersitzung widerlegen, indem er dartut, daß die Ersitzung gemäß § 937 Abs. 2 ausgeschlossen oder nach den §§ 939—942 noch nicht vollendet ist, oder

β) besondere das Erlöschen des einzelnen Rechtes hindernde Tatsachen geltend machen. Solche liegen vor:

αα) wenn der Eigenbesitzer das Recht bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes gekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt oder sein Bestehen später erfahren hat;

ββ) wenn in Ansehung des Rechtes die Ersitzungsfrist noch nicht verstrichen ist. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn zwischen dem Berechtigten und dem Eigenbesitzer ein die Verjährung hemmendes familienrechtliches Verhältnis (§ 204) besteht oder wenn der Berechtigte durch gerichtliche Geltendmachung des dinglichen Anspruchs aus seinem Rechte die Ersitzung zu seinen Gunsten unterbrochen hat (§ 941). Andere der in den §§ 939—944 aufgeführten Umstände kommen für das Erlöschen der Rechte nicht selbständig, sondern nur vermöge ihres Einflusses auf die Vollendung der Ersitzung in Betracht; so der Verlust des Eigenbesitzes und die in den §§ 943, 944 zugelassene Einrechnung der Besitzzeit eines Dritten.

Da hiernach trotz der Vollendung der Ersitzung das Erlöschen eines Rechtes ausgeschlossen sein kann, so besteht die Möglichkeit, daß der Ersitzende belastetes Eigentum erlangt.

2. **Selbständige Ersitzung der Freiheit von einem Rechte.** Der § 945 handelt zwar unmittelbar nur von demjenigen Erlöschen von Rechten an einer beweglichen Sache, welches im Zusammenhange mit dem Eigentumserwerbe durch Ersitzung eintritt. Jedoch ist das Erlöschen der Rechte keine untrennbare Folge dieser Art des Eigentumserwerbes. Es ist an besondere Voraussetzungen geknüpft und deshalb ein der Eigentumsersitzung gegenüber selbständiges Rechtsinstitut, welches der usucapio libertatis verwandt ist. Hieraus folgt, daß auch zugunsten desjenigen, welcher das Eigentum an einer beweglichen Sache auf andere Weise als durch Ersitzung erworben hat, unter den aus § 945 zu entnehmenden Voraussetzungen die an der Sache bestehenden Rechte erlöschen. Diese Folgerung ist denn auch sowohl in den M. III S. 356 als auch von der zweiten Kommission als zutreffend anerkannt, welche eine ausdrückliche Klarstellung des hier fraglichen Satzes als entbehrlich ablehnte (P. II Bd. 3 S. 238). Voraussetzung des Erlöschens ist, daß der Eigentümer die Sache zehn Jahre im Eigenbesitze gehabt hat, ohne daß eine der unter Nr. 1 b β genannten, das Erlöschen hindernden Tatsachen vorliegt.

Das Anwendungsgebiet des in Rede stehenden Satzes ist übrigens nur ein ganz beschränktes. Wenn jemand das Eigentum an einer beweglichen Sache auf Grund einer Veräußerung von dem Eigentümer oder einem Nichteigentümer erwirbt, so erlöschen die an der Sache bestehenden Rechte, bezüglich deren der Erwerber sich bei dem Erwerbe in gutem Glauben befindet, nach § 936 schon mit dem Eigentumserwerb, ausgenommen nur den Fall, daß eine vom Eigentümer veräußerte Sache demjenigen, welchem das Recht an der Sache zusteht, abhanden gekommen war (Erl. 4 zu § 936). Außerdem kommen hier nur die Fälle in Betracht, in denen

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§. 946. Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden, daß sie wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigenthum an dem Grundstück auf diese Sache.

---

ein nicht auf Veräußerung beruhender Eigentumserwerb mit dem Erwerbe des Eigenbesitzes verbunden ist, wie der Erwerb einer herrenlosen Sache durch Aneignung, der Erwerb durch Erbfolge 2c.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung, Arch. f. civ. Pr. 94 S. 371 ff., M. Wolff, Der Bau auf fremden Boden, insbesondere der Grenzüberbau, in Fischers Abhandl. Bd. 6 Heft 2 S. 62 ff.

1. Gemeinsames der drei Erwerbsarten. Bei dem Erwerb und Verluste des Eigentums an beweglichen Sachen durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung handelt es sich darum, daß durch eine äußere Veränderung der Sachen eine Neuregelung des Eigentums an ihnen notwendig wird. Diese Notwendigkeit beruht in den Fällen der Verbindung auf der wirtschaftlichen Unzweckmäßigkeit des Fortbestehens von Sonderrechten an den wesentlichen Bestandteilen einer einheitlichen Sache, in den Fällen der Vermischung auf der Unmöglichkeit oder Unwirtschaftlichkeit einer Trennung der vermischten Sachen, in den Fällen der Verarbeitung auf der Rücksicht, die der produktiven Tätigkeit gebührt. In allen Fällen erfolgt die Neuregelung des Eigentumsverhältnisses derart, daß die veränderten Sachen einem einheitlichen Rechte unterworfen werden. Auch darin stimmt die Ordnung der drei Erwerbsarten überein, daß das Eigentumsverhältnis bezüglich der veränderten Sache nach objektiven Gesichtspunkten und ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des die Veränderung Herbeiführenden bestimmt wird.

2. Inhaltsübersicht. Von der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung handeln nur die §§ 946—951. Die §§ 946—950 regeln die sich an diese Vorgänge knüpfenden dinglichen Rechtsänderungen, nämlich die Eigentumsveränderung infolge der Verbindung von beweglichen Sachen mit Grundstücken (§ 946) oder mit beweglichen Sachen (§ 947) sowie infolge der Vermischung von beweglichen Sachen (§ 948) und den Einfluß der Verbindung oder Vermischung auf begrenzte Rechte Dritter (§ 949), ferner die Änderungen im Eigentum und in den begrenzten Rechten infolge von Verarbeitung (§ 950); der § 951 betrifft die persönlichen Rechtsbeziehungen, die aus der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung unter den Beteiligten entstehen.

Im § 952 sind Vorschriften über das Eigentum und andere Rechte an Schuldscheinen und ähnlichen Urkunden angeschlossen.

3. Über den Einfluß der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung einer vermachten Sache **auf die Wirksamkeit des Vermächtnisses** vgl. § 2172.

§ 946.

E. I § 890; II § 861 rev. § 931; III § 930. P. I S. 4051 ff.; M. III S. 358 f. P. II Bd. 3 S. 238.

Der § 946 regelt die Eigentumsveränderung, die infolge Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück eintritt.

1. Voraussetzung ist:

a) daß die bewegliche Sache und das Grundstück verschiedenen Eigentümern gehören. Andernfalls tritt nicht eine Veränderung im Eigentume, sondern nur in dessen Gegenstand ein, indem das Eigentum fortan nicht mehr an zwei gesonderten Sachen, sondern nur noch an dem durch die Verbindung in seinem Bestand erweiterten Grundstücke fortbesteht. Eine Rechtsänderung tritt jedoch auch in diesem Falle in betreff der begrenzten Rechte ein, die vor der Verbindung an den Sachen begründet gewesen sind (Erl. 2 zu § 949).

b) Die Verbindung muß eine derartige sein, daß die bewegliche Sache wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird. Dies trifft zu:

α) bei Sachen, die mit dem Grund und Boden fest verbunden sind (§ 94 Abs. 1 Satz 1), es sei denn, daß die Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zwecke oder bei Gebäuden oder anderen Werken in Ausübung eines Rechtes an dem Grundstücke von dem Berechtigten bewirkt ist (§ 95 Abs. 1), ferner bei ausgesäetem Samen und eingepflanzten Pflanzen (§ 94 Abs. 1 Satz 2), bezüglich letzterer mit Ausnahme des Falles, daß das Einpflanzen nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt ist (§ 95 Abs. 1 Satz 1);

β) bei beweglichen Sachen, die einem mit dem Grund und Boden fest verbundenen Gebäude zu dessen Herstellung eingefügt sind (§ 94 Abs. 2), es sei denn, daß entweder das Gebäude aus einem der zu α erwähnten Gründe nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks oder daß die Sache nur zu einem vorübergehenden Zwecke in das Gebäude eingefügt ist (§ 95; vgl. Bd. I S. 164 ff. Erl. zu den §§ 94, 95, insbesondere auch wegen der Beweislast die Erl. 6 zu § 95);

γ) bei Bodenbestandteilen, die von dem Grundstücke nicht getrennt werden können, ohne daß sie oder das Grundstück in ihrem Wesen verändert werden (§ 93; vgl. Bd. I S. 164 Erl. 3 zu § 94 über Anlandungen und ähnliche Fälle einer durch Naturereignis bewirkten Verbindung, ferner Tobias S. 386 f.).

δ) Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke verbunden, ohne dadurch wesentlicher Bestandteil des Grundstücks zu werden, so wird durch die Verbindung an dem Eigentumsverhältnisse nichts geändert. Eine solche Änderung tritt jedoch nachträglich ein, wenn bei Sachen, die zunächst nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden oder in ein Gebäude eingefügt sind, der Zweck später in einen dauernden umgewandelt wird, wenn z. B. eine für eine Ausstellung errichtete Halle zu einer Konzerthalle bestimmt wird. Denn alsdann werden die Sachen wesentliche Bestandteile des Grundstücks, unterliegen also dem Grundsatze des § 93, dessen Durchführung sich nach den in solchem Falle entsprechend anwendbaren Vorschriften der §§ 946, 949 regelt (ebenso Wolff S. 70, Tobias S. 414 f.). Ist dagegen ein mit dem Grundstücke fest verbundenes Gebäude oder sonstiges Werk nach § 95 Abs. 1 Satz 2 deshalb nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden, weil es in Ausübung eines begrenzten Rechtes an dem Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden worden ist, so fällt der Grund, der es hinderte, daß das Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden ist, mit dem Erlöschen des begrenzten Rechtes nicht weg; mit diesem Erlöschen treten daher auch nicht nachträglich die durch jenen Hinderungsgrund ausgeschlossenen Wirkungen der Verbindung nach den §§ 946, 949 ein, vielmehr bleiben die an dem Gebäude bestehenden Rechte von dem Erlöschen des Rechtes, in dessen Ausübung das Gebäude errichtet ist, unberührt, sofern nicht ein anderes vereinbart, z. B. das Eigentum an dem Gebäude unter der aufschiebenden Bedingung des Erlöschens jenes Rechtes dem Eigentümer des Grundstücks übertragen ist (ebenso Wolff S. 81; a. A. Tobias S. 415 ff.).

c) **Von wem die Verbindung vorgenommen wird,** ist für die dingliche Wirkung nur insoweit von Bedeutung, als davon nach dem zu b, α β Bemerkten die Feststellung abhängt, ob die bewegliche Sache wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden ist. Eine Änderung im Eigentume tritt danach z. B. nicht ein, wenn der Mieter eines Gebäudes für seine persönlichen Zwecke dem Gebäude eine ihm gehörende bewegliche Sache (einen Ofen, ein Firmenschild ꝛc.) einfügt oder wenn ein Erbbauberechtigter auf dem belasteten Grundstück ein Gebäude errichtet oder ein zum Halten einer Wasserleitung Berechtigter in dem belasteten Grundstücke Leitungsröhren legt. Im übrigen macht es keinen Unterschied, wer die Verbindung herstellt, ob insbesondere der Eigentümer der beweglichen Sache oder des Grundstücks oder ein Dritter (auf Grund eines Werkvertrags, als Geschäftsführer ohne Auftrag ꝛc.). Ebenso ist es, im Gegensatze zum preußischen Rechte, für die dingliche Wirkung gleichgültig, ob sich derjenige, welcher die Verbindung vornimmt, über sein Eigentum an der Sache in gutem Glauben befindet oder nicht. Auch der Umstand, daß der Eigentümer des Grundstücks die Errichtung eines Gebäudes durch den Käufer trotz Kenntnis der Nichtigkeit des Kaufvertrags arglistig geduldet hat, steht seinen Eigentumserwerb nicht entgegen (RG. in JW. 1904 S. 139). Von Einfluß sind diese besonderen Umstände nur auf die persönlichen Rechtsbeziehungen, die sich aus der Verbindung zwischen den Beteiligten ergeben (vgl. § 951). Die Verbindung kann auch durch bloße Naturkräfte hergestellt werden (vgl. unter b γ). Soweit sie durch menschliches Tun bewirkt wird, ist Geschäftsfähigkeit des Handelnden nicht erforderlich (vgl. RG. 51 S. 80 und in Gruch. 47 S. 937). Im Falle der Verbindung zu einem vorübergehenden Zwecke hängt jedoch die im § 95 vorgesehene Wirkung dieser Zweckbestimmung von der Geschäftsfähigkeit des Verbindenden ab (Tobias S. 422 f.).

2. **Wirkung der Verbindung** ist nach dem Grundsatze superficies solo cedit, daß sich das Eigentum an dem Grundstück auf die mit diesem verbundene Sache erstreckt. Das bisherige Eigentum an der beweglichen Sache erlischt und bleibt auch nicht etwa als ruhendes Eigentum, das im Falle späterer Trennung wiederauflebte, bestehen. Der Eigentümer des Grundstücks wird Alleineigentümer des durch die Verbindung in seinem Bestand erweiterten Grundstücks. Diese gesetzlichen Wirkungen der Verbindung können, da sie auf der zwingenden Vorschrift des

§. 947. Werden bewegliche Sachen mit einander dergestalt verbunden, daß sie wesentliche Bestandtheile einer einheitlichen Sache werden, so werden die bisherigen Eigenthümer Miteigenthümer dieser Sache; die Antheile bestimmen sich nach dem Verhältnisse des Werthes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben.

Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigenthümer das Alleineigenthum.

---

§ 93 beruhen, nicht durch Vereinbarung der Beteiligten, insbesondere einen Eigentumsvorbehalt (RG. in JW. 1904 S. 138, CBl. f. FG. 5 S. 315), geändert werden.

Über den Einfluß der Verbindung auf die bestehenden begrenzten Rechte trifft der § 949 Bestimmung.

3. Über den Fall, daß eine bewegliche Sache mit zwei Grundstücken über deren Grenze hinweg verbunden wird, vgl. Tobias S. 424f.

§ 947.

E. I § 891; II § 862 rev. § 932; III § 931. P. I S. 4056ff.; M. III S. 359. P. II Bd. 3 S. 238f.

Der § 947 behandelt die infolge der Verbindung von beweglichen Sachen verschiedener Eigentümer eintretende Eigentumsveränderung.

1. **Die Voraussetzung der Rechtsänderung** ist eine rein objektive. Die Verbindung muß so beschaffen sein, daß die verbundenen Sachen dadurch wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden. Dazu ist im allgemeinen erforderlich, daß die Bestandteile nicht wieder von einander getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (§ 93, vgl. Bd. I S. 164 Erl. 2). Der § 947 findet aber insbesondere auch auf den Fall Anwendung, daß in ein Gebäude oder sonstiges Werk, welches nach § 95 nicht Bestandteil eines Grundstücks ist, bewegliche Sachen zu dessen Herstellung und nicht nur zu einem vorübergehenden Zwecke eingefügt sind (ebenso Tobias S. 430ff.).

Bei einer Verbindung der bezeichneten Art kommt es für die dingliche Rechtsänderung nicht weiter auf die Person und den guten Glauben desjenigen an, welcher die Verbindung vornimmt. Nur das Eigentumsverhältnis der Sachen vor der Verbindung ist für die Neuregelung des Eigentums an der einheitlichen Sache maßgebend.

Auszuscheiden sind aber von der Anwendung des § 947 die Fälle, in denen es sich nicht nur um die Verbindung mehrerer Sachen zu einer Sache, sondern um die Verarbeitung oder die Umbildung mehrerer Stoffe zu einer neuen Sache handelt. Diese Fälle sind nicht nach § 947, sondern nach § 950 zu beurteilen (vgl. jedoch Erl. 2d zu § 950). Die Anwendung des § 947 wird aber nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß die Sachen zum Zwecke der Verbindung vorher einer Bearbeitung unterzogen worden sind. Werden z. B. Bretter verschiedener Eigentümer zu einem Bretterzaun zusammengefügt, so liegt bloße Verbindung vor, auch wenn die Bretter vorher zu diesem Zwecke abgehobelt und zurechtgeschnitten sind. Anders dagegen, wenn aus den Brettern ein Möbel hergestellt wird.

2. **Anlangend die Wirkung der Verbindung, so ist**

a) Regel, daß die bisherigen Eigentümer der verbundenen Sachen Miteigentümer der einheitlichen Sache werden. Für das entstehende Miteigentum gelten die allgemeinen Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741ff.) und das Miteigentum (§§ 1008ff.). Jedoch sind die Anteile der bisherigen Eigentümer an der einheitlichen Sache, abweichend vom § 742, nicht gleiche; sondern sie bestimmen sich nach dem Verhältnisse des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben. Maßgebend ist der gemeine Verkehrswert. Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft (§ 749) kann nach § 752 nicht auf Teilung in Natur gerichtet werden.

b) Ausnahmsweise wird der bisherige Eigentümer einer der verbundenen Sachen Alleineigentümer der einheitlichen Sache, so daß das bisherige Eigentum an der anderen Sache erlischt, und zwar auch hier, ohne als ruhendes Eigentum fortzudauern. Diese Regelung tritt ein, wenn eine der Sachen als Hauptsache anzusehen ist. Für die Entscheidung, ob dieser Fall vorliegt, verweisen die Motive auf die Verkehrsauffassung. Nicht darauf kommt es an, daß sich die Sache vor der Verbindung zu der anderen Sache wie die Hauptsache zur Nebensache verhalten hat (vgl. §§ 97, 98, 470), sondern darauf, daß sie den Hauptbestandteil der einheitlichen Sache bildet, die andere Sache sich also nur als Zutat oder sonstige Nebensache (§ 651 Abs. 2) darstellt. Dazu genügt nicht ein, wenn auch erhebliches, Übergewicht des Wertes (a. A. Tobias

§. 948. Werden bewegliche Sachen mit einander untrennbar vermischt oder vermengt, so finden die Vorschriften des §. 947 entsprechende Anwendung.

Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden sein würde.

S. 426 f., der gerade in der erheblichen Verschiedenheit des Wertes der verbundenen Sachen das einzige hier maßgebende Kriterium erblickt). Einen Anhalt bietet das Gesetz selbst insofern, als es im Verhältnisse zwischen einem Grundstück und den damit verbundenen beweglichen Sachen immer das erstere als die Hauptsache behandelt und deshalb nicht davon spricht, daß das Grundstück und die beweglichen Sachen wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache, sondern davon, daß die beweglichen Sachen wesentliche Bestandteile des Grundstücks werden (§ 946). Dementsprechend wird im Sinne des § 947 Abs. 2 eine der mit einander verbundenen beweglichen Sachen dann als Hauptsache anzusehen sein, wenn nach der Verkehrsauffassung durch die Verbindung die anderen Sachen zu Bestandteilen dieser Sache werden (hiergegen mit Unrecht Tobias S. 427 A. 98). Dies wird beispielsweise zutreffen, falls einer im wesentlichen fertigen Maschine ein fehlender Teil eingefügt wird.

c) Abweichende Vereinbarungen der beteiligten Eigentümer sind wie im Falle des § 946 unwirksam. Sie können aber, sofern sie nicht dem Grundsatze des § 93 widersprechen, wenn also z. B. in den Fällen zu a Miteigentum nach anderen als den gesetzlich bestimmten Bruchteilen oder Alleineigentum eines der Eigentümer, in den Fällen zu b Miteigentum vereinbart wird, dadurch Wirksamkeit erlangen, daß den Erfordernissen der Eigentumsübertragung genügt wird. Es bestimmen sich dann auch die Wirkungen, namentlich in bezug auf die Rechte Dritter, nach den für den Fall der Eigentumsübertragung geltenden Vorschriften (ebenso Tobias S. 460 ff.).

§ 948.

E. I § 892; II § 863 rev. § 933; III § 932. P. I S. 4060 ff.; M. III S. 359 f. P. II Bd. 3 S. 339.

Der § 948 ordnet die durch Vermischung oder Vermengung von beweglichen Sachen verschiedener Eigentümer eintretende Eigentumsveränderung.

1. **Die Voraussetzung der Eigentumsveränderung** ist auch hier eine rein objektive. Es müssen bewegliche Sachen verschiedener Eigentümer derart mit einander vermischt oder vermengt sein, daß ihre Trennung entweder unmöglich oder mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Im ersten Falle wird die Neuregelung der dinglichen Rechtsverhältnisse durch die tatsächliche Unmöglichkeit einer Aussonderung der den einzelnen Eigentümern gehörenden Sachen notwendig; im zweiten Falle beugt sie unwirtschaftlicher Vergeudung von Kosten und Arbeit vor. Eine Vermischung der vorausgesetzten Art kommt bei flüssigen und gasförmigen, eine Vermengung bei festen Körpern in Betracht; bei letzteren wird es sich regelmäßig um vertretbare Sachen handeln, z. B. um Getreide, Geld rc.

2. **Wirkung der Vermischung oder Vermengung ist**

a) regelmäßig die Entstehung von Miteigentum an der Gesamtmischung oder am Gesamtgemenge nach Bruchteilen, die dem Werte der vermischten oder vermengten Sachen zur Zeit der Vermischung oder Vermengung entsprechen. Dies gilt als Regel, nicht, wie Friedländer in Bl. f. RA. Ergänzungsbd. 15 S. 388 annimmt, ausnahmslos, auch für den Fall der Vermengung von Geld; die Sondervorschrift des gemeinen Rechtes, daß, wer fremdes mit eigenem Gelde vermengt, dadurch Eigentümer des fremden Geldes werde, ist vom BGB. nicht übernommen. Der Anspruch der Miteigentümer auf Aufhebung der Gemeinschaft wird hier nach § 752 gewöhnlich auf Teilung in Natur gehen. Diese regelmäßige Ordnung des Eigentumsverhältnisses setzt jedoch voraus, daß nicht nur die Gesamtmenge begrenzt, sondern auch die von den einzelnen Eigentümern beigetragenen Mengen bestimmbar sind. Zweifelhaft ist, wie sich das Verhältnis gestaltet, wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft. Man kann entweder annehmen, daß in solchem Falle die Vorschrift des § 948 überhaupt keine Anwendung findet, daß also die bisherigen Eigentümer ihr Sondereigentum behalten. Die Geltendmachung dieses Eigentums von seiten desjenigen, welcher nicht im Besitze der Gesamtmenge ist, gegen deren Besitzer ist freilich praktisch unausführbar, weil die Bezeichnung der in Anspruch genommenen Sachen unmöglich ist. Die zweite Auffassung geht dahin, daß trotz der Unbestimmbarkeit der von den einzelnen Eigentümern beigetragenen Mengen Miteigentum eintritt und daß nach § 742 Miteigentum zu gleichen Teilen angenommen wird. Hierfür spricht der Wortlaut des zur ent-

§. 949. Erlischt nach den §§. 946 bis 948 das Eigenthum an einer Sache, so erlöschen auch die sonstigen an der Sache bestehenden Rechte. Erwirbt der Eigenthümer der belasteten Sache Miteigenthum, so bestehen die Rechte an dem Antheile fort, der an die Stelle der Sache tritt. Wird der Eigenthümer der belasteten Sache Alleineigenthümer, so erstrecken sich die Rechte auf die hinzutretende Sache.

---

sprechenden Anwendung gelangenden § 947 Abs. 1 Halbsatz 1, in welchem der Grundsatz ausgesprochen wird, daß Miteigentum eintritt. Dieser Grundsatz gilt ausnahmslos. Aus der Undurchführbarkeit der im Halbsatze 2 für die Bestimmung der Größe der Anteile aufgestellten Regel kann nicht die Unanwendbarkeit des im Halbsatz 1 aufgestellten Grundsatzes, sondern nur die Unanwendbarkeit der Regel des Halbsatz 2 gefolgert werden. An die Stelle dieser Regel tritt die Vermutung des § 742. Für diese Auffassung dürfte auch die Billigkeit sprechen. Selbstverständlich steht jedem Teile der Beweis zu, daß er mindestens einen bestimmten Teil zu der Gesamtmenge beigetragen habe und die Vermutung des § 742 gilt nur für denjenigen Teil, in betreff dessen keiner der Beteiligten den Nachweis erbringen kann. Über den Fall, daß ein Teil als die Hauptsache anzusehen ist, s. unter b.

b) **Ausnahmsweise** wird der bisherige Eigentümer einer der Einzelmengen Alleineigentümer der Gesamtmenge, wenn die Einzelmenge als die Hauptsache anzusehen ist (vgl. Erl. 2b zu § 947). Diese **Ordnung des Eigentumsverhältnisses** greift auch Platz, wenn der als Hauptsache anzuziehenden Einzelmenge, z. B. der Geldmenge des einen Eigentümers, eine unbestimmbare Menge von Sachen eines anderen Eigentümers beigemengt wird.

c) **In bezug auf abweichende Vereinbarungen** der beteiligten Eigentümer gilt das in der Erl. 2c zu § 947 Gesagte.

3. Der **Fall der Vereinigung von Bienenschwärmen** mehrerer Eigentümer ist in den §§ 963, 964 besonders geregelt.

§ 949.

E. I § 895; II § 864 rev. § 934; III § 933. P. I S. 4051 ff.; M. III S. 361 f. P. II Bd. 3 S. 243.

1. **Der § 949 bestimmt den Einfluß der Verbindung und der Vermischung auf die an den Sachen begründeten Rechte Dritter je nach der Art der Eigentumsveränderung verschieden.**

a) **Wird einer der beteiligten Eigentümer Alleineigentümer** der Gesamtsache oder Gesamtmenge, wie dies für den bisherigen Eigentümer des Grundstücks oder der Hauptsache zutrifft (§ 946, § 947 Abs. 2, § 948), so erlöschen einerseits mit dem bisherigen Eigentume der anderen Eigentümer auch die an ihren Sachen bestehenden Rechte (Nießbrauch, Pfandrecht), und zwar ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben desjenigen, welcher Alleineigentümer wird; anderseits erstrecken sich die an dem Grundstück oder der Hauptsache begründeten Rechte auf die hinzutretende Sache. Die Berechtigten, die ihre Rechte verlieren, können nur persönliche Ersatzansprüche gegen den Alleineigentümer nach § 951 geltend machen.

b) **Werden die beteiligten Eigentümer** nach § 947 Abs. 1, § 948 **Miteigentümer** der einheitlichen Sache oder der Gesamtmenge, so tritt der Anteil des einzelnen Miteigentümers, dessen bisherige Einzelsache oder Einzelmenge mit dem Rechte eines Dritten belastet war, auch für dieses Recht an die Stelle der bisher belasteten Sache oder Menge. Es entsteht also ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers (vgl. §§ 1066, 1258).

c) Was von den begrenzten dinglichen Rechten an den betroffenen Sachen gilt, muß entsprechend auf **andere Rechte** angewendet werden, die den Gebrauch oder Genuß des Eigentums an den Sachen zu beeinträchtigen geeignet waren, wie das ehemännliche oder elterliche Nutznießungsrecht, das Zurückbehaltungsrecht und das Verfolgungsrecht nach § 44 KO. (Tobias S. 434 f., 437).

d) **War eine der von der Rechtsänderung betroffenen Sachen dem Eigentümer gestohlen,** verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so fallen, wenn das Eigentum des bisherigen Eigentümers durch die Verbindung ꝛc. erlischt, die Wirkungen des unfreiwilligen Besitzverlusts für die Möglichkeit künftigen gutgläubigen Erwerbes der Sache weg; tritt dagegen an die Stelle der gestohlenen Sache ein Anteil an der einheitlichen Sache, so bleiben für diesen Anteil die Wirkungen des unfreiwilligen Besitzverlustes bestehen (vgl. Tobias S. 435, 438).

2. **Verbindung ꝛc. von Sachen desselben Eigentümers.** Der E. I erklärte im § 896 die dem jetzigen § 949 entsprechenden Vorschriften seines § 895 ausdrücklich auf die Fälle für entsprechend anwendbar, in denen Sachen desselben Eigentümers, die mit Rechten Dritter

§. 950. Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigenthum an der neuen Sache, sofern nicht der Werth der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Werth des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Graviren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche.

Mit dem Erwerbe des Eigenthums an der neuen Sache erlöschen die an dem Stoffe bestehenden Rechte.

---

belastet sind, mit einander verbunden, vermischt oder vermengt werden. Die zweite Kommission war mit dem § 896 sachlich einverstanden, strich ihn aber, weil sie nach der Ablehnung eines entsprechenden Zusatzes zu § 945 (vgl. Erl. 2 zu § 945) von der Beibehaltung einer ausdrücklichen Vorschrift an dieser Stelle Mißverständnisse befürchtete und annahm, daß sich die entsprechende Anwendung des § 949 auf die oben bezeichneten Fälle durch argumentum a majore ad minus von selbst ergebe (P. II Bd. 3 S. 244). Die entsprechende Anwendung erscheint auch deshalb unzweifelhaft, weil die Gründe, auf denen die Vorschriften des § 949 beruhen, für die hier fraglichen Fälle nicht minder zutreffen wie für die unmittelbar im § 949 behandelten Fälle; denn die Rechtsänderung in betreff der begrenzten Rechte ist auch hier für die Fälle der Verbindung durch den Grundsatz des § 93, für die Fälle der Vermischung oder Vermengung durch die Unmöglichkeit oder Unwirtschaftlichkeit der Trennung geboten. Die entsprechende Anwendung des § 949 führt zu folgenden Ergebnissen:

a) In den Fällen der Verbindung eines Grundstücks mit einer beweglichen Sache oder einer als Hauptsache anzusehenden beweglichen Sache mit einer anderen beweglichen Sache sowie der Vermischung (Vermengung) einer als Hauptsache anzusehenden Menge mit einer anderen Menge erstrecken sich die an dem Grundstück oder der Hauptsache bestehenden Rechte auf die hinzutretende Sache oder Menge.

b) In den übrigen Fällen der Verbindung von beweglichen Sachen sowie der Vermischung (Vermengung) tritt für die an einzelnen Sachen begründeten Rechte Dritter an die Stelle der belasteten Sachen ein dem Verhältnis ihres Wertes zum Werte der übrigen Sachen entsprechender Bruchteil der Gesamtsache oder Gesamtmenge. Es entsteht also ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht an einem Bruchteile, der nicht der Anteil eines Miteigentümers ist. Auf einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht dieser Art sind, da das BGB., abweichend von E. I § 985 Abs. 2, § 1185, besondere Vorschriften nicht enthält, die Bestimmungen der §§ 1066, 1258 entsprechend anzuwenden.

Übrigens sind für den Eigentümer, der seine Sachen mit einander verbindet, vermischt oder vermengt, auch die §§ 946—948 insofern von Wert, als sie ihm die Möglichkeit eröffnen, sein Eigentum auf diese Vorschriften zu gründen.

§ 950.

E. I §§ 893, 894, § 895 Abs. 1; II § 865 rev. § 935; III § 934. P. I S. 4051 ff.; M. III S. 360 ff. P. II Bd. 3 S. 239 ff.

Strauß, Stoff und Arbeit, 1899.

Der § 950 bestimmt die dinglichen Rechtsänderungen, die infolge Verarbeitung oder Umbildung eines fremden Stoffes oder mehrerer fremder oder teils eigener, teils fremder Stoffe (Spezifikation) **eintreten.** Bei der Regelung des Eigentums an der durch Verarbeitung hergestellten neuen Sache berücksichtigt das BGB., abweichend vom E. I, das Wertverhältnis zwischen Arbeit und Stoff in der Weise, daß zwar der Regel nach der Arbeit das Übergewicht beigemessen und daher dem Hersteller der neuen Sache das Eigentum an dieser zugesprochen, von dieser Regel aber bei erheblichem Minderwerte der Arbeit gegenüber dem Stoffe eine Ausnahme gemacht wird.

1. Voraussetzung des Eigentumserwerbes durch Verarbeitung (Umbildung) ist lediglich, daß derjenige, für welchen der Erwerb in Anspruch genommen wird, durch Verarbeitung aus dem fremden Stoffe eine neue Sache hergestellt hat.

a) Es muß aus ganz oder teilweise fremdem Stoffe, mag dieser ein Rohstoff oder eine schon gestaltete bewegliche Sache sein, **eine neue Sache hergestellt sein** (wie z. B. beim Verbacken von Mehl, Rspr. 2 S. 344). Die bloße Veränderung einer Sache genügt nicht (vgl. die Unterscheidung zwischen Herstellung und Veränderung einer Sache im § 631 Abs. 2), folglich der

Regel nach auch nicht eine Bearbeitung der Oberfläche (wegen der im § 950 Satz 2 bestimmten Ausnahmen s. Erl. 4). Ob ein Arbeitserzeugnis im Verhältnis zu den als Stoff verwendeten Sachen eine neue Sache darstellt, muß nach der Verkehrsanschauung entschieden werden. Dabei kann es als Kennzeichen einer neuen Sache regelmäßig dienen, wenn das Arbeitserzeugnis nach dem Sprachgebrauche mit einem anderen Worte bezeichnet wird als die als Stoff verwendete Sache. Daß der verarbeitete Stoff nicht mehr in seine frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, ist, im Gegensatze zum römischen Rechte, nicht Voraussetzung des Eigentumserwerbes. Es kommt daher auch, falls zum Zwecke der Verarbeitung Sachen miteinander verbunden sind, nicht darauf an, ob sie wesentliche Bestandteile der neuen Sache geworden sind.

b) **Guter Glaube des Verarbeitenden** in bezug auf sein Eigentum an dem Stoffe **ist**, abweichend von den meisten bisherigen Rechten, zum Eigentumserwerbe **nicht erforderlich**. Auch der Dieb kann durch Verarbeitung der entwendeten Sache Eigentum erwerben.

c) **Das Verarbeiten** (Umbilden) **ist kein Rechtsgeschäft**, da die an die Handlung geknüpfte Rechtswirkung, der Eigentumserwerb, nicht davon abhängt, daß sie von dem Verarbeitenden gewollt ist. Auch als eine Rechtshandlung, auf welche die für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, wird man die Verarbeitung nicht ansehen dürfen, da der innere Grund der hier fraglichen Vorschrift nicht in der Anerkennung des Willens des Verarbeitenden, sondern in dem wirtschaftlichen Werte der Arbeitstätigkeit liegt. Für letzteren aber macht es insbesondere keinen Unterschied, ob die Tätigkeit eines Geschäftsfähigen oder eines Geschäftsunfähigen in Frage steht; auch ein Geschäftsunfähiger kann daher durch Verarbeitung Eigentum erwerben (ebenso Biermann Erl. 1 zu § 950; Kober Erl. 5 zu § 950; Endemann Bd. 2 § 84 S. 332, Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 62 S. 181; Cosack Bd. 2 § 203 S. 133 Nr. I 2).

Auch die Vorschriften über **Vertretung** finden hiernach auf die Handlung des Verarbeiters nicht entsprechende Anwendung (ebenso Endemann Bd. 2 § 84 S. 333 Anm. 11). Hiermit ist aber nicht gesagt, daß als Hersteller der neuen Sache immer nur derjenige anzusehen ist, welcher die Verarbeitung mit eigener Hand vornimmt. Die Herstellung kann vielmehr auch mit Hilfe von anderen erfolgen. Erfolgt die Herstellung der Sache in einem gewerblichen Unternehmen, so sind als Hersteller nicht die gewerblichen Arbeiter, sondern der Unternehmer anzusehen (ebenso Dernburg § 109 Nr. II, 3 S. 326; Kober Erl. 5 zu § 950; F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 112f.). Um einer zu engen Auffassung der Worte „Wer . . herstellt" im § 950 vorzubeugen, war in der zweiten Kommission beantragt, hinter „herstellt" hinzuzufügen: „oder herstellen läßt". Der Zusatz wurde aber als selbstverständlich bezeichnet und abgelehnt (vgl. Rümelin im Arch. f. civ. Pr. 93 S. 282ff.).

2. **Ausnahmsweise ausgeschlossen ist der Eigentumserwerb des Herstellers** unter der von dem Gegner zu beweisenden Voraussetzung, daß der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Anlangend

a) **diese Voraussetzung**, so ist

α) **unter dem Werte der Verarbeitung oder der Umbildung** der gemeine Wert der vom Hersteller aufgewendeten Arbeit ohne Rücksicht auf den Wert des von ihm etwa beigetragenen Stoffes zu verstehen. Dies entspricht dem Wortlaute des Gesetzes, welches, abweichend von der Fassung der im allgemeinen gebilligten Anträge, nicht von dem Werte der Aufwendungen des Herstellers spricht, sowie dem Grundgedanken der hier fraglichen Ausnahme, die auf einer Berücksichtigung des Wertverhältnisses zwischen Arbeit und Stoff beruht.

β) **Unter dem Werte des Stoffes** ist dementsprechend der Wert sämtlicher verarbeiteten Stoffe, sowohl der dem Hersteller selbst gehörenden als auch der fremden Stoffe, zu verstehen. Ist eine schon bearbeitete Sache verarbeitet, z. B. eine silberne Schale umgeschmolzen worden, so soll nach der Absicht der zweiten Kommission nicht der Wert, den die Sache vor der Verarbeitung hatte, sondern nur ihr Rohstoffwert berücksichtigt werden (ebenso Kober Erl. 3 zu § 950; Endemann Bd. 2 § 84 S. 333 Anm. 9). Ob diese Absicht freilich einen genügenden Ausdruck im Gesetze gefunden hat, ist zweifelhaft. Dem zugrunde liegenden Gedanken dürfte es am meisten entsprechen und mit dem Wortlaute der Vorschrift vereinbar sein, zwischen zwei Fällen zu unterscheiden. Der erste Fall ist der, daß die betreffende Sache zunächst in ihrer gegenwärtigen Gestalt zerstört und wieder in den Rohstoff, aus dem sie gearbeitet war, umgewandelt wird und daß dann aus dem Rohstoff eine neue Sache hergestellt wird. So liegt die Sache in dem angeführten Beispielsfall, in welchem die silberne Schale zunächst eingeschmolzen und in einen Klumpen Silber umgewandelt, dann aber aus diesem Klumpen Silber eine neue Sache, z. B. ein silberner Becher, hergestellt ist. Hier liegen in der Tat zwei verschiedene Akte vor, deren jeder

selbständig zu beurteilen ist, zunächst die Einschmelzung und dann die Neubildung. Möglicherweise können diese Akte von verschiedenen Personen vorgenommen sein oder doch ein längerer Zeitraum zwischen ihnen liegen. Hier ist der Stoff, der zu der Herstellung der neuen Sache verarbeitet ist, der Klumpen Silber und lediglich der Wert dieses Silbers ist daher mit der Kommission als entscheidend anzusehen. Es ist aber auch zweitens denkbar, daß die ursprüngliche Sache selbst, wenn auch unter Veränderung ihrer Form, zu der Herstellung der neuen Sache verwendet wird, so z. B. wenn aus der silbernen Schale vielleicht unter Beseitigung oder Veränderung einzelner Teile und durch Hinzufügen neuer Teile oder durch Gravieren (s. Satz 2) eine neue Sache hergestellt wird. In diesem Falle ist der Wert der ursprünglichen Sache selbst, nicht der Wert des Rohstoffs maßgebend.

γ) Der Wert der Arbeit muß **erheblich** geringer sein als der Wert des Stoffes.

b) Rechtsverhältnis in dem Ausnahmefalle. Ist der Eigentumserwerb des Herstellers als solchen wegen des Minderwerts der Arbeit ausgeschlossen, so wird, wenn nur fremder Stoff eines Eigentümers verarbeitet ist, der Stoffeigentümer Alleineigentümer der neuen Sache. Sind zu deren Herstellung Stoffe von mehreren Eigentümern verwendet, so sind auf den Erwerb des Eigentums an der neuen Sache die Vorschriften der §§ 947, 948 entsprechend anzuwenden; dies gilt auch dann, wenn der Hersteller eigenen Stoff mitverwendet hat. (Die Ansicht Endemanns § 84 S. 333 Anm. 10, daß der Hersteller in allen Fällen als solcher Miteigentümer nach Verhältnis des Wertes seiner Arbeit werde, läßt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 947 nicht begründen; vgl. Enneccerus-Lehmann § 62 S. 182). Es entsteht also entweder Miteigentum der Stoffeigentümer nach dem Verhältnisse des Wertes der von ihnen beigetragenen Stoffe oder Alleineigentum des Eigentümers des als Hauptsache anzusehenden Stoffes.

3. Durch Vereinbarung der Beteiligten, des Verarbeiters und des Stoffeigentümers, kann das Eigentumsverhältnis abweichend von den Vorschriften des § 950 dahin bestimmt werden, daß der Stoffeigentümer Eigentümer der hergestellten neuen Sache wird. Insbesondere erwirbt, wenn jemand auf Grund eines Werkvertrags für einen anderen aus einem vom Besteller gelieferten Stoffe eine Sache herstellt, nicht der Unternehmer des Werkes, sondern der Besteller das Eigentum an der Sache (Rspr. 4 S. 312); dies erhellt namentlich aus dem § 647, der dem Unternehmer ein gesetzliches Pfandrecht an den von ihm hergestellten Sachen des Bestellers gewährt, sowie aus § 651 Abs. 2 im Gegensatze zu Abs. 1 Satz 1.

4. Im **Abs. 1 Satz 2** werden gewisse Arten der Bearbeitung der Oberfläche eines Stoffes einer Verarbeitung gleichgestellt. Das bedeutet nicht, daß durch eine solche Bearbeitung der Bearbeiter immer das Eigentum erwirbt. Hierzu ist vielmehr erforderlich, daß durch die Bearbeitung aus dem Stoffe eine neue Sache hergestellt wird, und der Eigentumserwerb ist ausgeschlossen, wenn der Wert der Bearbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Beispielsweise erwirbt, wer fremdes Papier beschreibt oder fremde Leinwand bemalt, Eigentum an dem Schriftstück oder dem Gemälde, weil diese sich den Stoffen gegenüber als neue Sachen darstellen. Wer dagegen ein fremdes Möbel bemalt, stellt damit keine neue Sache her und erwirbt daher auch nicht Eigentum. Ebenso ist der Eigentumserwerb ausgeschlossen, wenn jemand ein wertvolles Stück Seide mit einem Gemälde von erheblich geringerem Werte versieht.

5. Nach **Abs. 2** erlöschen in dem regelmäßigen Falle, in dem der Hersteller der neuen Sache das Eigentum an dieser erwirbt, mit dem Eigentumserwerbe die an dem Stoffe bestehenden Rechte (Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht). Dies gilt für die Rechte sowohl an dem verarbeiteten fremden Stoffe als auch an dem etwa mitverarbeiteten eigenen Stoffe des Herstellers. Hieraus folgt auch ohne die ausdrückliche Vorschrift des E. I § 896 von selbst, daß, wenn jemand durch Verarbeitung ausschließlich eigenen Stoffes eine neue Sache herstellt, die an dem Stoffe bestehenden Rechte Dritter gleichfalls erlöschen.

In den Ausnahmefällen, in denen nicht der Hersteller als solcher Eigentümer der neuen Sache wird, müssen auf die an den Stoffen begründeten Rechte die Vorschriften des § 949 entsprechende Anwendung finden. Je nach der Verschiedenheit der Fälle tritt hiernach Erlöschen des Rechtes, Erstreckung des Rechtes auf die ganze neue Sache oder Fortbestehen des Rechtes an einem Bruchteile der neuen Sache ein. Dementsprechend ist auch der Fall zu beurteilen, daß bei der Herstellung einer neuen Sache aus eigenen Stoffen der Wert der Arbeit erheblich geringer ist als der Wert der Stoffe.

6. Über die Ausschließung eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts durch Verarbeitung oder Umbildung einer empfangenen Sache seitens des Rücktrittsberechtigten vgl. § 352 und dazu § 467.

§. 951. Wer in Folge der Vorschriften der §§. 946 bis 950 einen Rechtsverlust erleidet, kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden.

Die Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen unerlaubter Handlungen sowie die Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen und über das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung bleiben unberührt. In den Fällen der §§. 946, 947 ist die Wegnahme nach den für das Wegnahmerecht des Besitzers gegenüber dem Eigenthümer geltenden Vorschriften auch dann zulässig, wenn die Verbindung nicht von dem Besitzer der Hauptsache bewirkt worden ist.

---

§ 951.

E. I § 897; II § 866 rev. § 936; III § 935. P. I S. 4065 ff., 11890 ff.; M. III S. 362 f. P. II Bd. 3 S. 244 f.; Bd. 6 S. 235, 238 f., 388.

Der § 951 handelt von den obligatorischen Folgen der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung und der an diese Vorgänge geknüpften dinglichen Rechtsänderung.

1. Im Abs. 1 wird den durch die Rechtsänderung Benachteiligten ein persönlicher Ausgleichungsanspruch gegen den dadurch Bereicherten gewährt.

a) Der Anspruch steht demjenigen zu, welcher infolge der Vorschriften der §§ 946—950 (vgl. RG. in JW. 1903 Beil. S. 24 und in Gruch. 48 S. 380) einen Rechtsverlust erleidet, also dem bisherigen Eigentümer einer mit einem Grundstück oder mit einer als Hauptsache anzusehenden beweglichen Sache verbundenen beweglichen Sache oder von beweglichen Sachen, die mit anderen als Hauptsache anzusehenden Sachen vermischt oder vermengt sind, sowie denjenigen, deren an solchen Sachen begründete Rechte erlöschen, endlich dem bisherigen Eigentümer des verarbeiteten Stoffes und denjenigen, denen Rechte an dem Stoffe zustanden. Der Erwerb von Miteigentum statt des bisherigen Alleineigentums und von Rechten an einem Anteile (§ 947 Abs. 1, § 948, § 949 Satz 2) ist kein Rechtsverlust, sondern nur eine Rechtsumwandlung.

b) Der Anspruch richtet sich gegen denjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, d. h. gegen den Eigentümer des Grundstücks oder der Hauptsache oder den Verarbeiter. Wendet der zunächst Bereicherte die Sache unentgeltlich einem Dritten zu, so kann der Anspruch nach Maßgabe des § 822 gegen den Dritten geltend gemacht werden. Dies folgt aus der Verweisung auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (ebenso Wolff S. 64, Tobias S. 455).

c) Der Gegenstand des Anspruchs bestimmt sich nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Als eine solche stellt sich der Vorteil desjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, deshalb dar, weil er diesem „ohne rechtlichen Grund" lediglich infolge der formell notwendig gewordenen Neuregelung des dinglichen Rechtsverhältnisses zufällt (a. A. Kober Erl. 1 zu § 951, Tobias S. 454, Wolff S. 64 Anm. 8). Um jedoch den Zweck dieser Neuregelung nicht zu vereiteln, bestimmt der § 951 Abs. 1 Satz 2 daß der Benachteiligte mit dem Bereicherungsanspruch, abweichend von § 812 Abs. 1 Satz 1, § 818 Abs. 2, niemals Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern immer nur Vergütung in Geld verlangen kann. Zu vergüten ist der Wert des erlangten Vorteils nach Maßgabe des § 818 Abs. 3, 4 und des § 819 Abs. 1. Nur der Anspruch auf Wiederherstellung ist aber ausgeschlossen, nicht die Befugnis des Bereicherten, den Vergütungsanspruch durch Wiederherstellung des früheren Zustandes abzuwenden (Tobias S. 456 ff.).

2. Der infolge der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung Benachteiligte ist jedoch, wie der Abs. 2 klarstellt, nicht in allen Fällen ausschließlich auf den im Abs. 1 gewährten Anspruch beschränkt. Weitergehende Rechte können sich für ihn ergeben:

a) aus den Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen unerlaubter Handlungen. Enthält die Handlung des Verbindens, Vermischens oder Verarbeitens eine vorsätzliche oder fahrlässige widerrechtliche Verletzung des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes an den davon betroffenen Sachen, so kann der dadurch Beschädigte nach § 823 Abs. 1 vollen Schadensersatz verlangen, und zwar geht dieser Anspruch nach den §§ 249—251 in erster Linie auf Herstellung des früheren Zustandes. Der Schadensersatzanspruch kann auch

§. 952. Das Eigenthum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu. Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein.

Das Gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe.

---

einem Beteiligten zustehen, der einen Anspruch nach Abs. 1 nicht hat, z. B. in den Fällen der Verbindung dem Eigentümer des Grundstücks oder der Hauptsache.

b) aus den Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen. Die Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück oder einer als Hauptsache anzusehenden anderen beweglichen Sache ist eine auf das Grundstück oder die Hauptsache gemachte Verwendung (M. III S. 411). Ebenso kann sich die Zumischung von beweglichen Sachen zu anderen als Hauptsache anzusehenden Sachen und, soweit in den Fällen der Verarbeitung der Stoffeigentümer das Eigentum der neuen Sache erwirbt, die Hinzufügung des als Mittel der Verarbeitung benutzten Stoffes (Farbe 2c.) als Verwendung auf die Sache darstellen. Zum Ersatze dieser Verwendungen ist der Eigentümer des Grundstücks, der Hauptsache oder des verarbeiteten Stoffes nach Maßgabe der besonderen Vorschriften verpflichtet, die für das zwischen ihm und dem Verwendenden bestehende Rechtsverhältnis gelten (vgl. z. B. §§ 547, 601, 670, 683, 994ff., 1049, 1216 2c.). Der hier fragliche Ersatzanspruch geht gleichfalls in vielen Fällen über den Bereicherungsanspruch nach Abs. 1 hinaus.

c) aus den Vorschriften über das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung. Diese Vorschriften kommen nur in den Fällen der Verbindung in Betracht. Ein Wegnahmerecht steht zu dem Wiederverkäufer, Mieter, Pächter, Entleiher, Nießbraucher, Wohnungsberechtigten, Pfandgläubiger, Vorerben (§ 500 Satz 2, § 547 Abs. 2 Satz 2, § 581 Abs. 2, § 601 Abs. 2 Satz 2, § 1049 Abs. 2, §§ 1093, 1216, § 2125 Abs. 2), und zwar diesen unbedingt, ferner dem Besitzer als solchem dem Eigentümer gegenüber, ihm aber nur mit den Einschränkungen des § 997 Abs. 2, namentlich mit der Maßgabe, daß der Eigentümer das Wegnahmerecht durch Werterfatz ausschließen kann. Die erstgenannten Personen dürfen jedoch nur solche Einrichtungen wegnehmen, mit denen sie selbst die fremde Sache versehen haben, und ebenso darf der Besitzer nur solche Sachen wegnehmen, die er selbst mit der Sache verbunden hat. Demgegenüber gewährt der Satz 2 demjenigen, welcher das Eigentum oder ein sonstiges Recht an einer Sache durch Verbindung verliert, das Wegnahmerecht auch dann, wenn ein anderer die Verbindung vorgenommen hat, jedoch nur mit den Beschränkungen, die für das Wegnahmerecht des Besitzers gelten. Für den Inhalt des Wegnahmerechts sind die im Abs. 2 Satz 1 vorbehaltenen Vorschriften in Verbindung mit § 258 und bei dem Wegnahmerecht nach Abs. 2 Satz 2 die Vorschriften des § 997 Abs. 1 maßgebend.

§ 952.

E. I § 1109 Abs. 1; II § 867 rev. § 937; III § 936. P. I S. 5320ff.; M. III S. 744f. P. II Bd. 3 S. 644ff.

1. **Die Vorschriften des § 952 über den Erwerb des Eigentums und anderer Rechte an Schuldscheinen und ähnlichen Urkunden** fallen aus dem Rahmen, der durch die Überschrift des vorliegenden Unterabschnitts bezeichnet wird, heraus. Nur insofern besteht zwischen ihnen und den Vorschriften über die Verbindung eine gewisse Gemeinsamkeit des Grundgedankens, als auch die hier getroffene Regelung der dinglichen Rechtsverhältnisse auf der wirtschaftlichen Unzweckmäßigkeit einer Trennung der Urkunde von dem durch sie verbrieften Rechte beruht. Um dieser Verwandtschaft willen erschien die Einstellung der Vorschriften an dieser Stelle gerechtfertigt. Der E. I enthielt nur in Bezug auf den Hypothekenbrief entsprechende Bestimmungen, die aber schon in den Motiven als der analogen Anwendung auf andere Urkunden fähig anerkannt waren.

Als Zubehör des darin verbrieften Rechtes dürfen Schuldscheine und die ähnlichen Urkunden nicht bezeichnet werden, weil nur Sachen Zubehör im Sinne des BGB. haben können (§§ 97, 98).

2. **Der Abs. 1 regelt den Erwerb von Rechten an Schuldscheinen.**

a) Schuldschein (§ 373) ist jede über die Forderung oder die Schuld (vgl. § 405) ausgestellte Urkunde, sie mag nur zum Beweise der Forderung dienen oder, wie bei dem Schuldversprechen (§ 780), zur Entstehung oder, wie bei Rektapapieren oder den im § 808 bezeichneten

qualifizierten Legitimationspapieren, zur Geltendmachung der Forderung notwendig sein. Wesentlich ist, daß die Urkunde ausschließlich Schuldschein ist. Auf Urkunden, die noch andere Angelegenheiten betreffen (vgl. § 444 Satz 2), finden die hier gegebenen Vorschriften keine Anwendung. Als ausgestellt ist der Schuldschein anzusehen, wenn er vom Schuldner unterzeichnet ist (vgl. § 793 „eine Urkunde ausgestellt" mit § 794 „der Aussteller"); Begebung ist nicht erforderlich. Ist zur Zeit der Ausstellung die Forderung noch nicht entstanden, z. B. das Darlehen noch nicht gegeben, so ist der Erwerb des Eigentums an dem Scheine durch den angeblichen Gläubiger ausgeschlossen.

Nicht zu den Schuldscheinen gehören Schuldverschreibungen auf den Inhaber; nach den für diese geltenden Vorschriften (§§ 793ff.) folgt nicht das Eigentum am Papiere dem Gläubigerrechte, sondern umgekehrt dieses jenem. Ist die Schuldverschreibung dagegen auf den Namen eines bestimmten Berechtigten umgeschrieben, so ist sie als „Schuldschein" anzusehen. Auch auf Wechsel und andere Orderpapiere findet der § 952 Abs. 1 keine Anwendung.

b) Das Eigentum an dem Schuldscheine steht dem Gläubiger zu. Darin liegt zweierlei:

α) Der ursprüngliche Gläubiger erwirbt, sobald die Forderung entstanden und der Schuldschein ausgestellt ist, das Eigentum an der Urkunde, ohne daß es der sonstigen Erfordernisse des Eigentumserwerbes bedarf (RG. 51 S. 88).

β) Wird die Forderung übertragen, so geht das Eigentum an dem Schuldschein auf den neuen Gläubiger über. Indessen hat in dieser Richtung die Vorschrift des § 952 Abs. 1 Satz 1 nach der Absicht der zweiten Kommission nur dispositive Bedeutung (RG. a. a. O. S. 85). Das Eigentum am Schuldscheine verbleibt danach dem bisherigen Gläubiger, wenn dies von den Beteiligten vereinbart ist. Der im E. I für den Hypothekenbrief ausgesprochene Satz, daß das Eigentum an dem Briefe mit dem Hypothekenrecht untrennbar verbunden sei, erschien zur Übertragung auf den Schuldschein nicht geeignet. Man wird daher aus § 952 auch nicht ableiten können, daß bei Schuldscheinen die Anwendung der Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben rechtlich ausgeschlossen sei (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 952); indessen werden bei demjenigen, welcher einen Schuldschein ohne das Gläubigerrecht erwirbt, die tatsächlichen Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbes kaum jemals vorhanden sein.

Für den Fall der Überweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung bewendet es bei der Vorschrift des § 836 Abs. 3 der CPO.

c) Nach dem Erlöschen der Forderung hat der Schuldner nur nach § 371 einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins.

d) Das Recht eines Dritten an der Forderung (Nießbrauch §§ 1068ff.; Pfandrecht §§ 1273ff.) erstreckt sich auf den Schuldschein. Der Dritte hat demgemäß einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe des Schuldscheins. Eine Belastung des Schuldscheins allein ist jedoch nicht ausgeschlossen.

2. **Für den Hypothekenbrief** bestimmte der E. I § 1109 Abs. 1, daß das Eigentum an dem Briefe dem jeweiligen Eigentümer zustehe und mit dem Hypothekenrecht untrennbar verbunden sei. Damit war eine von der Übertragung oder Belastung der Hypothek unabhängige Veräußerung oder Belastung des Briefes ausgeschlossen. Daß hieran bezüglich der Hypothekenbriefe sachlich etwas geändert werden sollte, ist zwar aus den P. II nicht zu ersehen. Nach dem § 952 Abs. 2 soll aber für den Hypothekenbrief das gleiche gelten wie für den Schuldschein. Dies heißt:

a) Das Eigentum an dem Briefe steht dem Gläubiger zu. Wird über die Hypothek von vornherein ein Brief erteilt (§ 1116 Abs. 1), d. h. von dem Grundbuchamt ausgefertigt, so steht die Hypothek zunächst dem Eigentümer des Grundstücks zu, es sei denn, daß dem Gläubiger durch Vereinbarung das Recht eingeräumt ist, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1163 Abs. 2, § 1117 Abs. 2); abgesehen von diesem Falle erwirbt der Gläubiger die Hypothek erst, wenn ihm der Brief von dem Grundstückseigentümer übergeben wird (§ 1117 Abs. 1). Solange hiernach oder nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 wegen Nichtbestehens der Forderung die Hypothek dem Eigentümer zusteht, ist dieser auch nach § 952 Abs. 2 Eigentümer des Briefes. Der Gläubiger erwirbt das Eigentum des Briefes nur mit der Hypothek. Im Falle der nachträglichen Erteilung des Briefes (§ 1116 Abs. 3) steht das Eigentum an diesem sofort dem Gläubiger zu (vgl. § 60 der GBO.).

Zur Abtretung der Hypothekenforderung ist Übergabe des Briefes oder eine dem § 1117 Abs. 2 entsprechende Vereinbarung erforderlich. Mit der Abtretung erwirbt der neue Gläubiger

das Eigentum am Briefe. Über die Überweisung einer Hypothekenforderung im Wege der Zwangsvollstreckung vgl. CPO. §§ 830, 837.

Wird die Hypothek infolge Erlöschens der Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 2) oder infolge Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168) von dem Eigentümer erworben, so erwirbt dieser auch das Eigentum an dem Briefe.

Eine getrennte Veräußerung des Briefes ohne Übertragung der Hypothek ist durch den § 952 Abs. 2 rechtlich nicht ausgeschlossen (a. A. RG. bei Gruch. 47 S. 955, CBl. f. FG. 3 S. 789), kommt aber praktisch nicht in Betracht.

b) Das Recht eines Dritten an der Hypothekenforderung (Nießbrauch, Pfandrecht) erstreckt sich auf den Hypothekenbrief. Der Dritte kann also, soweit die Übergabe des Briefes nicht schon zum Zwecke der Bestellung des Rechtes erfolgt ist (§§ 1069, 1274), von dem Hypothekengläubiger und ebenso von jedem anderen Besitzer des Briefes die Herausgabe des Briefes verlangen. Eine Belastung, insbesondere Verpfändung, des Briefes ohne die Hypothekenforderung bleibt zulässig.

Für Grundschuld- und Rentenschuldbriefe gilt nach § 1192 Abs. 1, § 1199 Abs. 1 das gleiche wie für die Hypothekenbriefe. Nur Grundschuld- und Rentenschuldbriefe auf den Inhaber unterliegen ebenso wie Schuldverschreibungen auf den Inhaber nicht den Vorschriften des § 952.

Sonstige „Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann", dürften kaum vorkommen. Versicherungspolizen, auf welche das RG. in Bd. 51 S. 85 den Abs. 2 anwenden will, sind Schuldscheine.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

Francke, Zum Fruchterwerb, Arch. f. civ. Pr. 93 S. 309 ff.

1. Grundgedanken. Erzeugnisse und sonstige Bestandteile einer Sache werden in der Regel erst mit der Trennung rechtlich selbständige Sachen. Diese Regel gilt für wesentliche Bestandteile nach dem Grundsatze des § 93 ausnahmslos, aber auch für nicht wesentliche Bestandteile nach der Natur der Sache nur mit seltenen Ausnahmen (vgl. Bd. I S. 163 Erl. 1b zu § 93). In diesen Ausnahmefällen, die sich auf zusammengesetzte bewegliche Sachen beschränken (z. B. im Falle eines aus Bestandteilen verschiedener Eigentümer zusammengesetzten Ringes), läßt die Trennung der Bestandteile das an ihnen bestehende besondere Eigentum unberührt. Dagegen bedarf bei Bestandteilen, die erst mit der Trennung rechtlich selbständige Sachen werden, die Frage besonderer Regelung, wer mit der Trennung das Eigentum an ihnen erwirbt. Diese Frage ist in den §§ 953 ff. behandelt. Sie beziehen sich zum Teil auf Bestandteile im allgemeinen, zum Teil nur auf die Bestandteile, welche zu den im § 99 Abs. 1 bestimmten natürlichen Früchten der Sache gehören. Zum Verständnis ihrer Grundgedanken empfiehlt es sich, den Inhalt der Vorschriften, soweit sie sich einerseits auf die (natürlichen) Früchte, anderseits auf sonstige Bestandteile beziehen, gesondert zu betrachten.

a) Zu den natürlichen Früchten einer Sache gehören zunächst deren Erzeugnisse. Da die ungetrennten Erzeugnisse wesentliche Bestandteile der Sache sind, konnte der Regelung des Fruchterwerbes nicht das deutschrechtliche Produktionsprinzip zugrunde gelegt werden, wonach die Früchte schon mit der Entstehung und vor der Trennung den zum Bezuge der Früchte Berechtigten gehören (§ 93, § 94 Abs. 1 Satz 1; Bd. I S. 165 Erl. 5 zu § 94). Vielmehr ergab sich als Ausgangspunkt der Regelung das römischrechtliche Substanzialprinzip, demzufolge die Früchte mit der Trennung im Eigentume des Eigentümers der Muttersache bleiben (§ 953). Dieser Grundsatz ist jedoch durch weitgehende Ausnahmen durchbrochen. An Stelle des Eigentümers der Muttersache erwirbt nämlich die Früchte mit der Trennung:

α) ein zum Fruchtbezuge dinglich Berechtigter (§ 954), sofern ihn nicht der Eigentümer oder ein Dritter als gutgläubiger Besitzer oder ein anderer nach dem zu γ und δ Bemerkten ausschließt;

β) wer die Sache gutgläubig als ihm gehörend oder zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihr besitzt (§ 955), sofern ihn nicht einer der nachstehend Bezeichneten ausschließt;

γ) derjenige, welchem der Eigentümer der Muttersache oder, falls ihm einer der unter α und β Bezeichneten vorgeht, dieser die Aneignung der Früchte gestattet und den Besitz der Sache überlassen hat, solange er in dem ihm überlassenen Besitz ist, und in gleicher Weise derjenige, welchem er seinerseits die Aneignung der Früchte gestattet und den Besitz der Sache weiterüberlassen hat (§ 956), insbesondere der Pächter und der Unterpächter;

δ) derjenige, welchem ein anderer, den er gutgläubig dazu für berechtigt hielt, die Aneignung der Früchte gestattet und den Besitz der Sache überlassen hat, solange er in dem ihm überlassenen Besitz ist (§ 957).

Diese Ausnahmen sind ihrem Grunde und rechtlichen Wesen nach verschieden. Die erste beruht auf dem Vorrange der begrenzten Rechte an einer Sache vor dem Eigentum, enthält eine Ausgestaltung des Inhalts des dinglichen Fruchtbezugsrechts und bildet einen Fall eines von dem Rechte eines anderen unabhängigen, ursprünglichen Eigentumserwerbes. Letzteres gilt auch von der zweiten Ausnahme, der die Billigkeitsrücksicht auf den gutgläubigen Besitzer als denjenigen, welcher die Früchte durch Aufwendung von Arbeit und Kapital gezogen hat, zugrunde liegt. Die dritte Ausnahme beruht auf der Gestattung des Eigentümers oder eines anderen Berechtigten, denen der gutgläubige Besitzer aus der angeführten Billigkeitsrücksicht gleichgestellt ist, und enthält einen Fall eines von dem Rechte eines anderen abhängigen, abgeleiteten Eigentumserwerbes. Die vierte Ausnahme hat mit der dritten zwar teilweise gleiche Voraussetzungen, stimmt aber im übrigen ihrem Grunde und Wesen nach mit der zweiten überein.

Außer den bisher erwähnten Bestimmungen über den mit der Trennung eintretenden Erwerb des Eigentums an Früchten enthalten die §§ 956, 957 Vorschriften über Fälle, in denen sich der Fruchterwerb mit der Besitzergreifung vollzieht; es sind dies die Fälle, in denen im übrigen die oben zu γ und δ angegebenen Voraussetzungen vorliegen, es aber an der Überlassung des Besitzes der Muttersache oder an dem Fortbestehen des überlassenen Besitzes fehlt.

Alles dies gilt auch für die Bestandteile, die außer den Erzeugnissen zu den Früchten gehören, d. h. die sich als sonstige aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnene Ausbeute darstellen.

b) Für die Bestandteile einer Sache, die nicht zu den Früchten gehören, z. B. Gebäude, die Bestandteile eines Grundstücks sind und die einzelnen zu ihrer Herstellung eingefügten Sachen, gilt gleichfalls als Regel, daß sie nach der Trennung im Eigentume des bisherigen Eigentümers bleiben (§ 953). Diese Regel erleidet, da der § 954, wenigstens vom Standpunkte der im BGB. selbst zugelassenen dinglichen Rechte aus, auf die hier fraglichen Bestandteile keine Anwendung findet und der § 955 auf Früchte beschränkt ist, nur die in den §§ 956, 957 vorgesehenen Ausnahmen zugunsten desjenigen, welchem der Eigentümer oder ein von ihm gutgläubig als Eigentümer angesehener Dritter die Aneignung der Bestandteile gestattet und den Besitz der Sache überlassen hat. Ebenso finden die §§ 956, 957, soweit sie den Eigentumserwerb durch Besitzergreifung betreffen, auf die hier in Rede stehenden Bestandteile Anwendung.

2. **Inhaltsübersicht.** Im § 953 ist die Regel an die Spitze gestellt, daß die getrennten Bestandteile einer Sache dem Eigentümer der Sache gehören. Die folgenden Vorschriften behandeln als Ausnahmen von dieser Regel die Fälle, in denen ein anderer das Eigentum an den getrennten Bestandteilen einer Sache erwirbt, und zwar entweder auf Grund eines Rechtes an der Sache (§ 954) oder auf Grund des gutgläubigen Besitzes der Sache (§ 955) oder auf Grund einer Gestattung der Aneignung, die entweder von einem dazu Berechtigten (§ 956) oder bei gutem Glauben des Erwerbers auch von einem dazu nicht Berechtigten ausgehen kann (§ 957).

3. **Die Vorschriften der §§ 953—957 erleiden sämtlich durch den § 911 eine Abänderung** für Früchte, die von einem Baume oder Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen; diese gelten, sofern das Nachbargrundstück nicht dem öffentlichen Gebrauche dient, als Früchte des Nachbargrundstücks und werden daher von derselben Person und auf dieselbe Weise erworben wie die Früchte des Nachbargrundstücks (vgl. Erl. zu § 911).

4. **Ergänzungen des vorliegenden Abschnitts** finden sich zum Teil im BGB. selbst, so insbesondere in den §§ 1383, 1652 (vgl. Erl. 1 a α zu § 954). Außerdem kann die Landesgesetzgebung auf den ihr vorbehaltenen Gebieten die Vorschriften der §§ 953 ff. sowohl ergänzen als auch ändern. In Betracht kommen hier namentlich die landesrechtlichen Vorschriften, welche gewisse Bestandteile einer Sache schon vor der Trennung dem Verfügungsrechte des Eigentümers der Sache entziehen, wie die bergrechtlichen Bestimmungen (EG. Art. 67) sowie die Vorschriften über den Fruchterwerb auf Grund von landesgesetzlich geregelten Rechten, wie den Rechten des

§. 953. Erzeugnisse und sonstige Bestandtheile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigenthümer der Sache, soweit sich nicht aus den §§. 954 bis 957 ein Anderes ergiebt.

§. 954. Wer vermöge eines Rechtes an einer fremden Sache befugt ist, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandtheile der Sache anzueignen, erwirbt das Eigenthum an ihnen, unbeschadet der Vorschriften der §§. 955 bis 957, mit der Trennung.

Lehns- oder Familienfideikommißbesitzers (EG. Art. 59). Indessen können auch auf den vorbehaltenen Gebieten die Vorschriften des BGB. nach Art. 4 des EG. zur Anwendung gelangen. Es ist daher nicht zutreffend, wenn Dernburg S. 327 bemerkt, bezüglich der Früchte der Familienfideikommisse bleibe infolge des EG. Art. 59 das preußische Fruchtrecht unberührt.

§ 953.

E. I § 898; II 868 rev. § 938; III § 937. M. I S. 4069 f.; M. III S. 363. P. II Bd. 3 S. 245.

1. **Der § 953 enthält die Regel für den Erwerb des Eigentums an getrennten Bestandteilen einer Sache.** Sie beruht auf dem aus dem Begriffe des dinglichen Rechtes folgenden Grundsatze, daß ein solches Recht im Falle einer körperlichen Teilung der ihm unterworfenen Sache an den Teilen fortbesteht, soweit nicht nach dem Inhalte des Rechtes, wie z. B. bei dem dinglichen Vorkaufsrecht an einem Grundstücke bezüglich der vom Grundstücke getrennten beweglichen Bestandteile, der Fortbestand des Rechtes ausgeschlossen ist. Dementsprechend erwirbt das Eigentum an getrennten Bestandteilen einer Sache regelmäßig der Eigentümer der Sache. Diese Regel gilt für Grundstücke wie für bewegliche Sachen und für Bestandteile aller Art, sofern das Eigentum an ihnen nicht schon vor der Trennung einem anderen zustand.

2. **Der Eigentumserwerb des Eigentümers der Sache ist aber ausgeschlossen:**

a) soweit ein dinglich Berechtigter befugt ist, sich die Bestandteile anzueignen (§ 954), es sei denn, daß der Eigentümer sich zur Zeit der Trennung von Bestandteilen, die zu den Früchten gehören, im Besitze der Sache befindet und bei dem Besitzerwerbe bezüglich des Rechtes des Dritten auf den Fruchtbezug in gutem Glauben war, auch vor der Trennung das Recht nicht erfahren hat (§ 955 Abs. 1; Erl. 1 a zu § 955);

b) bei Bestandteilen, die zu den Früchten gehören, wenn sich die Sache zur Zeit der Trennung der Früchte im Besitz eines anderen befindet, der sie gutgläubig als ihm gehörend oder zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihr besitzt (§ 955);

c) soweit sich die Sache zur Zeit der Trennung der Bestandteile im Besitz eines anderen befindet, dem von einem dazu Berechtigten, d. h. dem Eigentümer, einem dinglich Berechtigten, einem gutgläubigen Besitzer der im § 955 bezeichneten Art oder demjenigen, welchem einer der Genannten die Aneignung der Bestandteile gestattet und den Besitz der Sache überlassen hat, die Aneignung der Bestandteile gestattet und der Besitz der Sache überlassen ist oder der, falls dies durch einen dazu nicht Berechtigten geschah, bezüglich des Rechtsmangels seines Rechtsurhebers in gutem Glauben war (§§ 956, 957).

§ 954.

E. I § 899 Abs. 1; II § 869 rev. § 939; III § 938. M. I S. 4075 ff., 5658; M. III S. 363 f. P. II Bd. 3 S. 245 f.

Der § 954 regelt den Erwerb des Eigentums an getrennten Bestandteilen auf Grund eines beschränkten dinglichen Rechtes.

1. **Als dingliche Rechte der im § 954 vorausgesetzten Art kommen in Betracht:**

a) nach dem BGB.

α) bei Grundstücken und beweglichen Sachen der Nießbrauch (§ 1030). Er gewährt die Befugnis zur Aneignung aller zu den Früchten gehörenden Bestandteile der belasteten Sache, sofern nicht bei der Bestellung bestimmte Bestandteile ausgeschlossen sind. Gleich einem Nießbraucher erwerben auch der Ehemann und der Inhaber der elterlichen Gewalt die Früchte ihrer Nutznießung unterworfenen Sachen der Frau und des Kindes (§§ 1383, 1652):

β) bei Grundstücken ferner das Erbbaurecht, sofern es nach § 1013 auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teiles des Grundstücks, z. B. eines Gartens, dergestalt erstreckt ist, daß der Berechtigte sich alle oder bestimmte Früchte des Grundstücksteils anzueignen

§. 955. Wer eine Sache im Eigenbesitze hat, erwirbt das Eigenthum an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten der Sache gehörenden Bestandtheilen, unbeschadet der Vorschriften der §§. 956, 957, mit der Trennung. Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn der Eigenbesitzer nicht zum Eigenbesitz oder ein Anderer vermöge eines Rechtes an der Sache zum Fruchtbezuge berechtigt ist und der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt.

Dem Eigenbesitzer steht derjenige gleich, welcher die Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihr besitzt.

Auf den Eigenbesitz und den ihm gleichgestellten Besitz findet die Vorschrift des §. 940 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

---

befugt ist, sowie Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, nach deren Inhalte der Berechtigte befugt ist, sich bestimmte Früchte des belasteten Grundstücks, z. B. den Kies einer Kiesgrube, die Steine eines Steinbruchs, anzueignen (§§ 1018, 1090);

γ) bei beweglichen Sachen das Pfandrecht, falls es in der Weise bestellt ist, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen (§ 1213). Abgesehen von diesem Falle erstreckt sich das Pfandrecht zwar immer auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden (§ 1212); diese Bestimmung gibt aber dem Pfandgläubiger nur ein Pfandrecht an den Erzeugnissen, nicht ein Recht, sie sich anzueignen (a. A. anscheinend Dernburg S. 329).

Alle erwähnten Rechte gehen nur auf Aneignung von Bestandteilen, die zu den Früchten gehören.

b) Solche zur Aneignung von Bestandteilen berechtigenden Rechte an fremder Sache, welche auf vorbehaltenem oder nach den Übergangsvorschriften in Kraft bleibendem Landesrechte beruhen (vgl. namentlich EG. Art. 63, 68, 196, 197). Für den Erwerb auf Grund eines solchen Rechtes gelten indessen die Vorschriften des BGB. nur in Ermangelung abweichender landesgesetzlicher Vorschriften. Das Recht des Lehns- und des Familienfideikommißbesitzers fällt nicht unter den § 954, da es kein Recht an fremder Sache ist.

2. **Der dinglich Berechtigte** behält nicht nur an den getrennten Bestandteilen das Recht, sie sich durch Besitzergreifung anzueignen, sondern **erwirbt** ohne Unterschied der Rechte und der Art der Bestandteile mit der Trennung unmittelbar **das Eigentum**, bedarf dazu also nicht, wie im allgemeinen der Nießbraucher nach gemeinem Rechte, der Besitzergreifung. Wie und durch wen die Trennung erfolgt, ist gleichgültig. Der Eigentumserwerb beschränkt sich in jedem Falle auf diejenigen Bestandteile, welche dem Rechte unterworfen sind. Der Nießbraucher erwirbt also z. B. kein Eigentum an den Bauteilen eines eingestürzten Hauses.

3. **Der Eigentumserwerb des dinglich Berechtigten ist ausgeschlossen:**

a) wenn sich die Sache zur Zeit der Trennung der Bestandteile im Besitz eines anderen befindet, der sie als ihm gehörend oder zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an der Sache besitzt und die Bestandteile nach § 955 selbst mit der Trennung erwirbt; dies kann auch der im unmittelbaren Eigenbesitze befindliche Eigentümer der Sache sein (Erl. 1a zu § 955);

b) wenn sich die Sache zur Zeit der Trennung der Bestandteile im Besitz eines anderen befindet, dem ein dazu Berechtigter oder jemand, der dazu zwar nicht berechtigt, über dessen Rechtsmangel aber der Besitzer in gutem Glauben ist, die Aneignung der Bestandteile gestattet und den Besitz überlassen hat (§§ 956, 957).

§ 955.

E. I § 900 Satz 1, 2 Nr. 1; II § 870 rev. § 940; III § 939. P. I S. 4025 ff., 4070 ff., 4203, 4244 f., 4459 ff., 12006 ff.; M. III S. 364 ff. P. II Bd. 3 S. 247 ff.; Bd. 5 S. 654.

Der § 955 regelt den Fruchterwerb des redlichen Besitzers. Im Einklange mit der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre und den neueren Gesetzbüchern läßt er den redlichen Besitzer einer Sache an den getrennten Früchten das Eigentum erwerben. Diese Vergünstigung wird jedoch nicht jedem Besitzer, sondern nur dem Eigenbesitzer (Abs. 1, 3, Erl. 1—3) und demjenigen gewährt, welcher die Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an der Sache besitzt (Abs. 2, 3, Erl. 4—6).

1. **Voraussetzung des Eigentumserwerbes nach Abs. 1 ist:**

a) Eigenbesitz der Sache (§ 872). Der Eigenbesitz kann ein unmittelbarer oder auch ein nur mittelbarer sein; jedoch wird der mittelbare Eigenbesitzer unter Umständen durch den vermittelnden unmittelbaren Besitzer vom Eigentumserwerb ausgeschlossen (s. Erl. 2c). Der Erbe des Eigenbesitzers ist, solange nicht ein Dritter den Besitz ergriffen hat, nach § 857 als Eigenbesitzer zu behandeln. Verliert der Eigenbesitzer oder sein Erbe den Eigenbesitz ohne seinen Willen, so gilt der Verlust als nicht eingetreten, wenn der Eigenbesitzer oder der Erbe den Eigenbesitz binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat (Abs. 3, vgl. Erl. 2 zu § 940).

Die Vorschrift des Abs. 1 ist nicht auf den Eigenbesitzer einer fremden Sache beschränkt. Sie kommt daher auch dem im Eigenbesitze befindlichen Eigentümer insofern zu statten, als er danach das Eigentum an den Früchten, ungeachtet eines dinglichen Nutzungsrechts an der Sache (§ 954), erwirbt, sofern nicht der Eigentumserwerb nach Abs. 1 Satz 2 (s. Erl. 2b) ausgeschlossen ist.

b) Trennung der Früchte. Auf welche Weise, insbesondere durch wen die Trennung erfolgt, ist ohne Belang. Für den Eigentumserwerb ist es auch unerheblich, ob die getrennten Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind; nur ein Bereicherungsanspruch ist dem Eigentümer, soweit dies nicht der Fall ist, im § 993 gegeben. Der Ergreifung des Besitzes der Früchte seitens des Eigenbesitzers bedarf es nicht.

2. **Ausgeschlossen ist der Eigentumserwerb des Eigenbesitzers:**

a) wenn er nicht zum Eigenbesitze berechtigt, d. h. weder Eigentümer noch, wie im Falle der Übergabe eines verkauften Grundstücks vor der Auflassung und Eintragung, dem Eigentümer gegenüber obligatorisch befugt ist, die Sache als ihm gehörend zu besitzen, und ferner den Mangel seines Rechtes zum Eigenbesitze bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes, wie z. B. der Hehler (StGB. § 259), gekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat (§ 932 Abs. 2) oder den Mangel vor der Trennung der Früchte erfährt (vgl. § 937 Abs. 2 und Erl. 2b zu § 937);

b) wenn er zwar zum Eigenbesitze berechtigt, ein anderer aber zum Fruchtbezuge, d. h. zum Bezuge derjenigen Früchte, um die es sich im gegebenen Falle handelt, dinglich berechtigt ist und der Eigenbesitzer dieses Recht des anderen bei dem Besitzerwerbe gekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt oder vor der Trennung erfahren hat;

c) im Falle des mittelbaren Eigenbesitzes, wenn der unmittelbare Besitzer nach § 955 Abs. 2 (vgl. Erl. 6) oder nach § 956 das Eigentum an den Früchten mit der Trennung erwirbt.

3. **Der Eigenbesitzer erwirbt** unter den zu 1 und 2 bezeichneten positiven und negativen Voraussetzungen **das Eigentum an den Früchten** unter Ausschluß des Eigentümers (§ 953) und der dinglich zum Fruchtbezuge Berechtigten (§ 954). Der Eigentümer und die Nutzungsberechtigten können im allgemeinen auch nicht etwa nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung Herausgabe der Früchte verlangen, vielmehr ist ihnen ein Herausgabeanspruch nur nach Maßgabe des § 987 Abs. 1 und der §§ 988, 993 gegeben.

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, das seiner Natur nach auch an den Früchten bestehen kann, z. B. mit einem Pfandrechte, so erwirbt der Eigenbesitzer die Früchte belastet mit dem Rechte (M. III S. 366, 805). Bezüglich der Hypothek stellt der § 1120 dies außer Zweifel, und das gleiche wie für sie gilt für die Grundschuld, die Rentenschuld und die Reallasten (§§ 1192, 1199, 1107).

4. **Voraussetzung des Eigentumserwerbes nach Abs. 2 ist**

a) Besitz der Sache zum Zwecke der Ausübung eines dinglichen Nutzungsrechts, insbesondere eines Nießbrauchs. In erster Linie ist an den Fall zu denken, daß das vorausgesetzte Nutzungsrecht, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Bestellers, nicht besteht. Aber auch im Falle eines in Wirklichkeit bestehenden Nutzungsrechts ist die hier gegebene Vorschrift für den Berechtigten, sofern er sich im Besitze der Sache befindet, in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Sie schließt einerseits zugunsten des Berechtigten den Fruchterwerb eines gutgläubigen mittelbaren Eigenbesitzers und eines besser berechtigten Nutzungsberechtigten, über dessen Recht er sich in gutem Glauben befindet, aus und gewährt anderseits dem Berechtigten auch das Eigentum an Früchten, die er irrtümlich, aber in gutem Glauben als seinem Rechte unterliegend ansah.

§. 956. Gestattet der Eigenthümer einem Anderen, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandtheile der Sache anzueignen, so erwirbt dieser das Eigenthum an ihnen, wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist, mit der Trennung, anderenfalls mit der Besitzergreifung. Ist der Eigenthümer zu der Gestattung verpflichtet, so kann er sie nicht widerrufen, solange sich der Andere in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet.

Das Gleiche gilt, wenn die Gestattung nicht von dem Eigenthümer, sondern von einem Anderen ausgeht, dem Erzeugnisse oder sonstige Bestandtheile einer Sache nach der Trennung gehören.

Für den Eigentumserwerb genügt auch hier mittelbarer Besitz, soweit nicht der vermittelnde Besitzer selbst nach § 956 Eigentum erwirbt. Bezüglich des Erben des Besitzers und des unfreiwilligen Besitzverlustes (Abs. 3) trifft das in der Erl. 1a Gesagte entsprechend zu.

b) Trennung der Früchte. Es gilt das unter 1b Bemerkte.

5. **Ausgeschlossen ist der Eigentumserwerb des hier fraglichen Besitzers,**

a) wenn er nicht zum Fruchtbezuge berechtigt und bei dem Besitzerwerbe nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt (vgl. 2a);

b) wenn er zwar zum Fruchtbezug, ein anderer aber vermöge eines vorgehenden dinglichen Rechtes gleichfalls zum Fruchtbezuge berechtigt und der Besitzer bezüglich dieses Rechtes bei dem Besitzerwerbe nicht in gutem Glauben ist oder das Recht vor der Trennung erfährt (vgl. § 1032 Satz 2);

c) im Falle des mittelbaren Besitzers, wenn der unmittelbare Besitzer nach § 956 das Eigentum mit der Trennung erwirbt.

6. **Für den Eigentumserwerb des in Abs. 2 bezeichneten Besitzers** gilt im allgemeinen dasselbe wie bei dem Eigenbesitzer (oben Nr. 3). Jedoch schließt ein solcher Besitzer auch einen gutgläubigen mittelbaren Eigenbesitzer vom Fruchterwerb aus. Dies ist als der Sinn der Vorschrift in den P. II Bd. 3 S. 249 ausdrücklich festgestellt und folgt auch aus der Anordnung des vorliegenden Abschnitts, in welchem jede nachfolgende Vorschrift eine Ausnahme von den vorhergehenden enthält.

Der hier fragliche Besitzer erwirbt die Früchte vollkommen frei von den etwa daran bestehenden Rechten Dritter. Auch die in der Erl. 3 erwähnte Ausnahme für Hypotheken &c. findet hier keine Anwendung (vgl. § 1120).

§ 956.

E. I §§ 901, 902; II § 871 rev. § 941; III § 940. P. I S. 4077 ff., 4459 ff.; M. III S. 367 ff. P. II Bd. 3 S. 249 f.

Kohler, Arch. f. Bürg. R. 18 S. 107 ff.; v. **Blume**, Zur Lehre vom Fruchterwerb des Pächters, Jherings Jahrb. 39 S. 429 ff.; derselbe, Die Aneignung von abgetrennten Sachbestandteilen nach den Bestimmungen der §§ 956, 957, Bl. f. RA. 67 S. 102 ff., 113 ff.; **Salter**, Verkauf von Bäumen auf dem Stamm unter besonderer Berücksichtigung der §§ 865, 956 BGB. und des gemeinen Rechts, 1903; **Sellner**, Z. f. Rechtspflege in Bayern 1 S. 113 ff., zu § 956 BGB.; **Mitteis**, Zwei Fragen aus dem bürgerl. R., Dekanats-Programm 1905 S. 50 ff.

1. **Inhalt im allgemeinen.** Der § 956 behandelt den Erwerb des Eigentums an getrennten Früchten oder sonstigen Bestandteilen einer Sache auf Grund der Gestattung der Aneignung von seiten desjenigen, welchem ohne die Gestattung die Bestandteile gehören würden, sei dies der Eigentümer (Abs. 1) oder ein anderer (Abs. 2). Dabei wird unterschieden, ob der Gestattende zu der Gestattung verpflichtet ist oder nicht, ob also der andere Teil ein obligatorisches Recht auf die Gestattung hat oder nicht. Soweit sich die Vorschriften auf den Fruchterwerb des obligatorisch Berechtigten beziehen, bildet der Fruchterwerb des Pächters den Hauptanwendungsfall (zweifelnd bezüglich der Maßgeblichkeit des § 956 für die Grundstückspacht **Mitteis**, S. 50 ff.). Es empfiehlt sich daher bei der Erläuterung von diesem Falle auszugehen.

2. **Fruchterwerb des Pächters.**

a) Allgemeine Voraussetzung des Fruchterwerbes nach § 956 ist, daß ein dazu Berechtigter dem Erwerber gestattet, sich Früchte anzueignen.

α) **Anlangend das Verhältnis dieser Gestattung zum Pachtvertrage**, so begründet letzterer für den Verpächter einer Sache die Verpflichtung, dem Pächter den Gebrauch der Sache und den Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, während der Pachtzeit zu gewähren (§ 581 Abs. 1), also jedenfalls im Sinne des § 956 Abs. 1 Satz 2 die Verpflichtung, dem Pächter während der Pachtzeit die Aneignung der ihm gebührenden Früchte zu gestatten. Daraus folgt aber nicht, daß die im Abs. 1 Satz 1 daselbst vorausgesetzte Gestattung eine zur Erfüllung dieser Verpflichtung abzugebende besondere Willenserklärung des Verpächters erfordert. Die Gestattung braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Eine genügende stillschweigende Erklärung wird aber regelmäßig schon in der Erklärung des Verpächters, daß er die Sache verpachte, zu finden sein. Mit dieser Erklärung gestattet er dem Pächter, sich während der Pachtzeit die ihm gebührenden Früchte anzueignen.

Die in der Pachtvertragserklärung des Verpächters enthaltene Gestattung der Aneignung ist durch die Gültigkeit des Pachtvertrags bedingt und bindet vermöge ihres rechtlichen Zusammenhanges mit der Verpflichtung aus dem Pachtvertrage jeden, der diese Verpflichtung gegen sich gelten lassen muß. Sie ist aber von der obligatorischen Erklärung des Verpächters nach Inhalt, rechtlicher Natur und Wirkung verschieden. Denn im Gegensatze zu jener ist sie auf eine dingliche Rechtswirkung gerichtet, unter Umständen widerruflich und in ihrer Wirksamkeit von der Fortdauer der Berechtigung des Gestattenden abhängig.

β) **Ausgehen muß die Gestattung**, vorbehaltlich der Vorschrift des § 957 zum Schutze eines gutgläubigen Erwerbers, entweder von dem Eigentümer (Abs. 1) oder von einem anderen, welchem die Früchte nach der Gestattung gehören (Abs. 2), d. h. ohne die Gestattung und die sich an sie nach § 956 knüpfende Rechtsfolge gehören würden. Auch die Gestattung des Eigentümers ist, wie Abs. 2 ergibt, nur wirksam, wenn ihm im gegebenen Falle die Früchte nach der Trennung gehören würden, also z. B. nicht dann, wenn ein Nießbrauch an der Sache besteht, es müßte denn ausnahmsweise nach § 955 das Recht des Eigentümers auf die Früchte dem des Nießbrauchers vorgehen. Außer vom Eigentümer kann die Gestattung ausgehen von einem zum Fruchtbezuge dinglich Berechtigten (§ 954), einem gutgläubigen Besitzer der im § 955 bezeichneten Art oder von demjenigen, welchem der Eigentümer oder einer der Vorgenannten die Aneignung der Früchte gestattet und den Besitz der Sache überlassen hat (§ 956), immer vorausgesetzt, daß im gegebenen Falle der Gestattende nicht durch einen anderen vom Fruchterwerb ausgeschlossen werden würde, wie z. B. der Nießbraucher durch den gutgläubigen Besitzer. Derjenige, welcher die Aneignung gestattet, muß hierzu auch berechtigt sein (vgl. § 957), wie es z. B. für den Nießbraucher zutrifft, da er nach § 1039 Satz 2 die Ausübung seines Rechtes einem anderen überlassen kann, dagegen für den Pächter nur mit besonderer Erlaubnis des Verpächters (§ 549, § 581 Abs. 2).

Geht die Gestattung von einem gutgläubigen Besitzer aus, so ist ihre Wirksamkeit nicht davon abhängig, daß auch der Pächter bezüglich des Rechtsmangels des Besitzers in gutem Glauben ist. Wer den Eigentumserwerb auf solche Gestattung gründet, braucht nur den erforderlichen Besitz des Gestattenden zu behaupten und zu beweisen; seinem Gegner liegt gegebenenfalls der Nachweis des bösen Glaubens des Besitzers ob.

Zur Wirksamkeit der Gestattung genügt es aber nicht, daß der Gestattende zu der Zeit, zu der er die Gestattung erklärt, zu dieser berechtigt ist, also zu dieser Zeit die Früchte mit der Trennung erwerben würde; vielmehr muß er noch zu der für den Eigentumserwerb maßgebenden Zeit der Trennung oder Besitzergreifung zur Gestattung berechtigt sein. Die Gestattung des gutgläubigen Besitzers wird daher unwirksam, wenn er vor dem maßgebenden Zeitpunkte seinen Rechtsmangel erfährt. Dagegen behält die Gestattung Wirksamkeit, wenn ohne sie die Früchte nach der Trennung zwar nicht dem Gestattenden, wohl aber einer Person gehören würden, welche die Gestattung gegen sich gelten lassen muß. In dieser Lage befinden sich, da die Gestattung in dem Pachtvertrag enthalten ist, alle diejenigen, welche letzteren gegen sich gelten lassen müssen, insbesondere bei Grundstücken derjenige, welcher nach dessen Überlassung an den Pächter das Eigentum oder ein dingliches Recht zum Fruchtbezug erwirbt (§§ 571, 577, 581), bei beweglichen Sachen derjenige, welcher während des Besitzes des Pächters das Eigentum oder einen Nießbrauch an der Sache erwirbt und sich deshalb nach § 986 Abs. 2, § 1065 die Einwendungen aus dem Pachtvertrag entgegensetzen lassen muß. Aus demselben Grunde wird die Wirksamkeit der Gestattung auch durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Verpächters nicht berührt, da der Pachtvertrag der Konkursmasse gegenüber wirksam bleibt (KO. § 21 Abs. 1).

b) Liegt eine rechtswirksame Gestattung vor, so gestaltet sich der Fruchterwerb verschieden, je nachdem sich der Pächter im Besitze der Sache befindet oder nicht.

α) Ist der Besitz der Sache dem Pächter überlassen, so erwirbt er das Eigentum an den ihm gebührenden Früchten mit der Trennung (Abs. 1 Satz 1). Es genügt nicht, daß ihm der Besitz der Sache einmal überlassen worden ist, sondern der Besitz muß ihm noch zur Zeit der Trennung überlassen sein, er muß sich noch zu dieser Zeit, wie es im Abs. 1 Satz 2 heißt, in dem ihm überlassenen Besitze befinden (ebenso v. Blume in Jherings Jahrb. 39 S. 430; abw. Mitteis S. 55 Anm. 20). Da der Verpächter verpflichtet ist, den Besitz der Sache dem Pächter für die Pachtzeit zu überlassen, da ferner nach der Überlassung des Besitzes auch der Sondernachfolger des Verpächters die von diesem erklärte Gestattung der Aneignung gegen sich gelten lassen muß und da endlich nach Abs. 1 Satz 2 die Gestattung, solange der Besitz des Pächters fortdauert, unwiderruflich ist, so ist dem Pächter der Erwerb der Früchte mit der Trennung regelmäßig unentziehbar gesichert. Wie und durch wen die Trennung erfolgt, ist gleichgültig.

β) Ist der Besitz der Sache entweder dem Pächter vertragswidrig noch nicht überlassen oder von ihm wieder verloren, so erwirbt er die Früchte nur durch Besitzergreifung (Abs. 1 Satz 1), d. h. durch Erwerb des unmittelbaren oder des mittelbaren Besitzes (vgl. Erl. 2 zu § 958 und Rümelin im Arch. f. civ. Pr. 93 S. 280 ff.). Daß die Besitzergreifung sich als verbotene Eigenmacht darstellt, steht dem Eigentumserwerbe nicht entgegen. Der Erwerb ist aber ausgeschlossen, wenn der Verpächter die Gestattung der Aneignung vorher widerrufen hat. Die Zulässigkeit solchen Widerrufs gegenüber dem nicht im Besitze befindlichen Pächter folgt aus Abs. 1 Satz 2. Der Versuch v. Blumes (a. a. O. S. 439 ff.), nachzuweisen, daß letztere Vorschrift nur eine überflüssige Wiederholung eines allgemeinen Grundsatzes enthalte und deshalb ein argumentum a contrario nicht ermögliche, beruht auf der Annahme, daß die Gestattung des Verpächters im Pachtvertrage vom Pächter angenommen werde und somit eine Einigung beider Teile vorliege sowie daß jede Einigung mangels einer ausdrücklichen den Widerruf zulassenden Vorschrift unwiderruflich sei; die letztere Annahme trifft aber nach dem in Erl. 3a zu § 929 Bemerkten nicht zu.

3. Sonstige Anwendungsfälle. Der § 956 findet auch in anderen Fällen Anwendung, in denen ein dazu Berechtigter einem anderen gestattet, sich ungetrennte Früchte oder sonstige Bestandteile einer Sache anzueignen, sei es unter Eingehung einer Verpflichtung zur Gestattung, sei es ohne solche Verpflichtung, insbesondere auf den Verkauf von hängenden Früchten oder stehenden Bäumen (vgl. Bd. I S. 165 Erl. 5 zu § 94; RG. in JW. 1905 S. 280) und auf den Verkauf von Gebäuden auf Abbruch, aber auch auf den Fall, daß jemand einem anderen unverbindlich und unentgeltlich gestattet, sich Früchte eines Baumes abzupflücken und anzueignen. Hierher dürfte auch der in der DJZ. 1905 S. 347, 396 und von Schloßmann in Jherings Jahrb. 49 erörterte Fall gehören, daß jemand, sei es in einem Wirtshaus entgeltlich, sei es bei einem Gastmahl unentgeltlich, Austern zum Verzehren übergeben erhält; darin wird nur die Gestattung der Aneignung des Muscheltiers, nicht die Übereignung der Schale nebst dem Tiere zu finden sein, so daß der Gast nur nach § 956 Eigentum an dem Tiere erwirbt, das Eigentum an der Schale sowie an einer darin gefundenen Perle dagegen dem Wirte verbleibt.

Bezüglich der Berechtigung zur Gestattung gilt, soweit es sich um Früchte handelt, auch in diesen Fällen das in der Erl. 2a*β* Bemerkte. Die Aneignung anderer Bestandteile ist nach dem BGB., welches ein zur Aneignung solcher Bestandteile berechtigendes beschränktes dingliches Recht nicht kennt, nur der Eigentümer sowie derjenige befugt, welchem dieser die Aneignung gestattet und den Besitz überlassen hat, vorausgesetzt, daß er zur Weiterüberlassung berechtigt ist.

Soweit an ungetrennten Bestandteilen, z. B. an stehenden Bäumen durch Bestellung von Wächtern, ein Teilbesitz (§ 865) möglich ist, werden die Überlassung des Teilbesitzes und dessen Fortbestand dieselben Wirkungen haben müssen, wie nach § 956 die Überlassung des Besitzes der Sache selbst und der Fortbestand dieses Besitzes; namentlich erscheint es ausgeschlossen, daß der Erwerb des Eigentums an Bestandteilen, die der Erwerber schon vor der Trennung besitzt, von der Besitzergreifung abhängen sollte (vgl. Salier S. 28 ff., 44 ff.; Sellner a. a. O.).

4. Rechtliche Natur des Eigentumserwerbes nach § 956. Die M. III S. 367 ff. (s. auch P. II Bd. 3 S. 250) führen den Eigentumserwerb nach den mit § 956 sachlich im wesentlichen übereinstimmenden §§ 901, 902 des E. I auf einen dinglichen Vertrag zurück und sehen

§. 957. Die Vorschriften des §. 956 finden auch dann Anwendung, wenn derjenige, welcher die Aneignung einem Anderen gestattet, hierzu nicht berechtigt ist,

---

in diesen Vorschriften die Klarlegung von Folgerungen aus allgemeinen Grundsätzen. Nach der dort vertretenen Auffassung vollzieht sich der Eigentumserwerb, soweit er durch Besitzergreifung zustande kommt, dadurch, daß der die Aneignung Gestattende durch die Gestattung die zur Eigentumsübertragung erforderliche Veräußerungs- und Besitzeinräumungserklärung abgibt und der Erwerber durch die Besitzergreifung die Veräußerungserklärung annimmt und die Übergabe zum Abschlusse bringt; soweit der Eigentumserwerb aber durch die Trennung zustande kommt, soll die Überlassung des Besitzes kraft dispositiver Vorschrift den auf Eigentumsübertragung gerichteten dinglichen Vertragsantrag enthalten, für welchen die Besonderheiten bestimmt werden, daß er als durch die bloße Fortsetzung des Besitzes bis zur Trennung der Bestandteile stillschweigend ohne Erklärung gegenüber dem Veräußerer angenommen gilt und im Falle einer Verpflichtung zur Gestattung während Fortbestehens des Besitzes des Erwerbers nicht widerrufen werden kann.

Diese Konstruktion des Eigentumserwerbes, die auch in den früheren Auflagen dieses Buches zugrunde gelegt ist, hat lebhaften Widerspruch gefunden (vgl. insbesondere v. Blume in Jherings Jahrb. 39 S. 439 ff.). Anzuerkennen wird sein, daß sich der Eigentumserwerb nach § 956 aus den allgemeinen Vorschriften des § 929 nicht ohne Zuhilfenahme einiger besonderer Vorschriften herleiten läßt. Dennoch dürfte der der obigen Konstruktion zugrunde liegende Gedanke richtig sein, daß es sich im Falle des § 956 um einen abgeleiteten Erwerb desjenigen, welchem die Aneignung der Bestandteile gestattet ist, von demjenigen, welchem die Bestandteile mit der Trennung zufallen, handelt und daß die Vorschriften des § 956 nur eine Anpassung und Ergänzung der Bestimmungen des § 929 für den in Frage stehenden besonderen Fall enthalten.

Die Einigung über den Übergang des Eigentums an den getrennten Bestandteilen ist als mit der Gestattung der Aneignung der Bestandteile erfolgt anzusehen. Ein Pachtvertrag insbesondere wird, sofern sich nicht aus besonderen Umständen ein anderes ergibt, nach Treu und Glauben dahin auszulegen sein, daß durch ihn nicht nur die Gestattung der Aneignung, sondern auch die Annahme der Gestattung erklärt ist. In dieser Hinsicht fügt der § 956 nur die positive Bestimmung hinzu, daß die Gestattung, wenn der Besitz der Sache dem anderen Teile überlassen ist, nicht widerrufen werden kann. Als Ersatz der nach § 929 erforderlichen Übergabe ferner läßt der § 956 in sachgemäßer Weiterbildung des jenem Erfordernisse zugrunde liegenden Gedankens hier die auf Grund der Gestattung erfolgende Ergreifung des Besitzes der Bestandteile seitens des anderen Teiles, falls aber diesem der Besitz der Sache überlassen ist, die Fortdauer des Besitzes zur Zeit der Trennung zu. Mit dem Eintritte dieses Ersatzes der Übergabe geht demnach das Eigentum des Gestattenden auf den anderen Teil über (vgl. Kohler a. a. O.).

v. Blume wird dem einheitlichen Grundgedanken des § 956 nicht gerecht, wenn er bezüglich der Konstruktion des Fruchterwerbes zwischen dem besitzenden und dem nichtbesitzenden Pächter unterscheidet, und der von ihm für den Fruchterwerb des besitzenden Pächters zugrunde gelegte angebliche oberste Grundsatz des BGB., daß die Früchte, die aus einem Grundstücke gewonnen werden, mit der Trennung dem unmittelbaren Besitzer zufallen, der sich in der Ausübung eines dinglichen oder persönlichen Nutzungsrechts befindet, sofern ihm nicht im Augenblicke der Trennung der gute Glaube mangelt (S. 434), erscheint mit dem Inhalt und Zusammenhange der Vorschriften des BGB. über den Fruchterwerb nicht vereinbar (vgl. S. 258 Vorbm. 1a).

5. Die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften des § 956 auf **die rechtsgeschäftliche Begründung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an** zur Zeit der Begründung **noch ungetrennten Bestandteilen einer Sache** wird in den M. III S. 367, 799 daraus hergeleitet, daß der § 956 selbst nur im wesentlichen Folgerungen aus allgemeinen Grundsätzen enthalte. Aber auch wenn man diese Annahme nicht teilt, rechtfertigt sich die entsprechende Anwendung des § 956 durch die Erwägung, daß der Grund dieser Vorschrift, nämlich das Bedürfnis, eine Verfügung über noch ungetrennte Bestandteile für die Zeit nach der Trennung zu ermöglichen, für die Begründung von Nießbrauch und Pfandrecht ebenso zutrifft wie für die Verschaffung des Eigentums.

§ 957.

E. II § 872 rev. § 942; III § 941. P. II Bd. 3 S. 249 f.

Hellmann, Eigentumserwerb nach § 957 BGB., im Recht 1901 S. 417 ff. und über dieselbe Frage Harburger im Recht 1901 S. 484 ff., Hellmann ebenda S. 532 f., v. Jacubezky im Recht 1902 S. 4 ff., v. Blume in dem zu § 956 angeführten Aufsatz in Bl. f. RAnw.

es sei denn, daß der Andere, falls ihm der Besitz der Sache überlassen wird, bei der Ueberlassung, anderenfalls bei der Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder der sonstigen Bestandtheile nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt.

---

1. Inhalt des § 957. Es fragt sich zunächst, welches die Vorschriften des § 956 sind, die nach § 957 unter der darin bestimmten negativen Voraussetzung auf den Fall Anwendung finden sollen, daß ein dazu nicht Berechtigter einem anderen gestattet, sich Bestandteile einer Sache anzueignen. Aus dem Wortlaute des § 956 sind jene Vorschriften nicht unmittelbar zu entnehmen, da in seiner Fassung die Voraussetzung und die an sie geknüpften Vorschriften nicht derart voneinander unabhängig formuliert sind, daß diese ohne weiteres auf den im § 957 bezeichneten gegenteiligen Fall übertragen werden könnten. Man muß sich daher den § 956 so gefaßt denken, daß solche Übertragung möglich wird; dann ergeben sich als sein Inhalt folgende Sätze:

a) Gestattet ein dazu Berechtigter — d. h. jemand, dem Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache nach der Trennung gehören — einem anderen, sich Bestandteile anzueignen, so erwirbt der andere das Eigentum an ihnen, wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist, mit der Trennung, andernfalls mit der Besitzergreifung.

b) Ist der Gestattende zu der Gestattung verpflichtet, so kann er sie nicht widerrufen, solange sich der andere in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet.

Die Anwendung dieser Sätze auf den im § 957 bezeichneten Fall ergibt unter Berücksichtigung der beigefügten negativen Voraussetzung folgenden Inhalt des § 957:

a) Gestattet ein nicht dazu Berechtigter einem anderen, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache anzueignen, so erwirbt der andere das Eigentum an ihnen:

α) wenn der Besitz der Sache ihm von dem Gestattenden überlassen ist, mit der Trennung, es sei denn, daß er bei der Überlassung des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder den Rechtsmangel vor der Trennung erfahren hat;

β) andernfalls — d. h. wenn ihm der Besitz der Sache nicht überlassen oder wieder verloren gegangen ist — mit der Besitzergreifung, es sei denn, daß er bei dieser nicht in gutem Glauben ist.

b) Ist der Gestattende zu der Gestattung verpflichtet, so kann er sie nicht widerrufen, solange sich der andere in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet.

Der diesen Sätzen zugrunde liegende Gedanke tritt deutlicher hervor, wenn man von der auch hier nur zur Klarstellung der Beweislast dienenden Scheidung der Voraussetzungen in solche, welche den Erwerb begründen, und solche, welche ihn ausschließen, absieht. Der Gedanke ist dann folgender: Derjenige, welchem ein dazu nicht Berechtigter die Aneignung von Bestandteilen einer Sache gestattet hat, erwirbt das Eigentum an ihnen, wenn ihm der Besitz der Sache von dem Gestattenden überlassen ist, mit der Trennung, sofern er bei der Überlassung des Besitzes in gutem Glauben war und den Rechtsmangel des Gestattenden auch nicht vor der Trennung erfahren hat, wenn ihm dagegen der Besitz der Sache nicht überlassen worden oder wieder verloren gegangen ist, mit der Besitzergreifung, sofern er bei dieser in gutem Glauben ist.

2. Voraussetzungen des Eigentumserwerbes nach § 957.

a) Positive Voraussetzungen. Wer den Erwerb des Eigentums an Bestandteilen nach § 957 behauptet, muß beweisen:

α) daß ihm ein anderer die Aneignung der Bestandteile gestattet hat, und ferner

β) entweder daß ihm der Gestattende den Besitz der Sache überlassen und er sich noch zur Zeit der Trennung im Besitze der Sache befunden hat,

oder daß er den Besitz der Bestandteile ergriffen hat.

Zu α) gilt für die Gestattung, abgesehen davon, daß sie hier nicht von einem dazu Berechtigten auszugehen hat, das in der Erl. 2a α und 3 zu § 956 Bemerkte. Sie muß im übrigen rechtswirksam sein; nur den Mangel des Rechtes des Gestattenden zur Gestattung deckt der gute Glaube des Erwerbes. Streitig ist, ob im Falle des § 957 die Gestattung jedes beliebigen Dritten genügt oder ob und wie der Kreis der Personen, von denen die hier fragliche Gestattung ausgehen muß, enger zu begrenzen sei. Genauer ist die Frage dahin zu stellen, ob der den Eigentumserwerb Behauptende nur die Gestattung irgend eines anderen oder außerdem

noch besondere Umstände nachzuweisen braucht, die seinen Glauben an die Berechtigung des Gestattenden zu rechtfertigen geeignet sind. Nach dem oben entwickelten Inhalte des § 957 muß, wer Eigentumserwerb durch Trennung behauptet, außer der Gestattung nachweisen, daß ihm der Besitz der Sache von dem Gestattenden überlassen ist; in diesem Falle muß also der Gestattende zwar nicht zur Zeit der Gestattung, wohl aber zu der für den guten Glauben maßgebenden Zeit der Besitzüberlassung die Sache im Besitze gehabt haben. Wer dagegen Eigentumserwerb durch Besitzergreifung behauptet, braucht außer der Gestattung nur Besitzergreifung nachzuweisen, nicht also Besitz des Gestattenden. Daß aber auch in diesem Falle nicht die Gestattung jedes beliebigen Dritten zum Eigentumserwerb genügt, folgt aus dem Erfordernisse des guten Glaubens des Erwerbers; denn dieses Erfordernis ist nur erfüllt, wenn der Erwerber nach den Umständen des Falles den Gestattenden zur Zeit der Besitzergreifung ohne grobe Fahrlässigkeit für einen zur Gestattung der Aneignung Berechtigten halten konnte. Eine weitergehende Einengung des Kreises der Personen, von denen die Gestattung in den Fällen des § 957 ausgehen muß, ist mit dem Inhalte des Gesetzes nicht vereinbar. Dies gilt ebenso von der Ansicht Hellmanns, der auf Grund einer unrichtigen Auslegung der Eingangsworte des § 957 auch die Voraussetzung des § 956 bezüglich der Person des Gestattenden auf die Fälle des § 957 überträgt, wie von der Ansicht Harburgers, v. Jacubezkys und Franckes, die im Falle des § 957 nur die Gestattung des Inhabers oder des Besitzers als wirksam anerkennen wollen. Die letztere Ansicht stützt sich auf die Annahme, daß die §§ 956, 957, wenn auch nicht bloße Anwendungen der §§ 929, 932, so doch besondere Ausgestaltungen der diesen Vorschriften zugrunde liegenden Rechtsgedanken enthielten und daß daher bei der Auslegung des § 957 dessen grundsätzliche Übereinstimmung mit § 932 zum Ausgangspunkte genommen werden müsse. Demgegenüber ist zwar anzuerkennen, daß der § 957 in demselben Verhältnisse zu § 956 steht wie der § 932 zu § 929. Wie aber der § 956 im Verhältnisse zu § 929 eine selbständige, wenngleich bezüglich der Natur des darin geordneten Erwerbes verwandte, Vorschrift enthält (Erl. 4 zu § 956), so gilt dasselbe auch für den § 957 im Verhältnisse zu § 932, sodaß es nicht angängig erscheint, aus letzterem in den § 957 ein Erfordernis hineinzutragen, welches dem Inhalte dieser Bestimmung fremd ist.

Zu β) vgl. Erl. 2b zu § 956.

b) Negative Voraussetzungen.

α) Der behauptete Erwerb durch Trennung wird durch den Gegenbeweis ausgeschlossen, daß der angebliche Erwerber entweder bei der Überlassung des Besitzes der Sache nicht in gutem Glauben war oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfahren hat. In beiden Fällen ist zunächst der Nachweis erforderlich, daß der Gestattende, d. h. derjenige, in dessen Namen die Gestattung erklärt ist, nicht berechtigt war, die Aneignung zu gestatten, d. h. daß ihm die Bestandteile, um deren Erwerb es sich handelt, auch ohne die Gestattung nach den §§ 954 bis 956 nicht gehört haben würden. Dazu muß der Nachweis kommen, daß der angebliche Erwerber diesen Rechtsmangel des Gestattenden entweder bei der Überlassung des Besitzes der Sache gekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt (Erl. 2 zu § 932) oder vor der Trennung erfahren hat.

β) Der behauptete Erwerb durch Besitzergreifung wird durch den Gegenbeweis ausgeschlossen:

entweder daß der angebliche Erwerber bei der Besitzergreifung nicht in gutem Glauben war,

oder daß die Gestattung vor der Besitzergreifung widerrufen ist (Erl. 2b β zu § 956).

γ) Zweifelhaft ist, ob der Eigentumserwerb gemäß § 957 bei Bestandteilen von beweglichen Sachen auch dann entsprechend § 935 für ausgeschlossen zu erachten ist, wenn die Sache dem Eigentümer oder, wenn dieser nur mittelbarer Besitzer war, dem Besitzer abhanden gekommen war. Die Frage dürfte in bezug auf solche Erzeugnisse und sonstige Bestandteile der Sache, welche bereits zur Zeit des unfreiwilligen Besitzverlustes als solche vorhanden waren, zu bejahen sein (ebenso v. Blume, Bl. f. RA. 67 S. 117f. und v. Jacubezky). Denn der mit § 935 bezweckte Schutz des Eigentümers bei unfreiwilligem Besitzverluste würde zum großen Teile verfehlt werden, wenn der Dieb einem gutgläubigen Erwerber zwar nicht durch Übergabe der ganzen Sache oder der vorher getrennten Bestandteile, wohl aber dadurch Eigentum verschaffen könnte, daß er ihm die Aneignung von Bestandteilen gestattete und den Besitz der Sache überließe oder die Ergreifung des Besitzes der Bestandteile duldete, und eine Ergänzung des § 957 durch ent-

V. Aneignung.

§. 958. Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigenthum an der Sache.

Das Eigenthum wird nicht erworben, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines Anderen verletzt wird.

---

sprechende Anwendung des § 935 erscheint daher geboten. Dagegen kommt für Erzeugnisse einer unfreiwillig verlorenen Sache, die erst nach dem Besitzverlust entstehen, eine entsprechende Anwendung des § 935 deshalb nicht in Frage, weil diese Vorschrift auf solche Erzeugnisse auch nicht unmittelbar anwendbar ist.

V. Aneignung.

1. **Inhaltsübersicht.** Bei der Regelung des Erwerbes des Eigentums an herrenlosen beweglichen Sachen durch Aneignung geht das BGB. von dem Grundsatze der Aneignungsfreiheit aus, demzufolge jeder eine herrenlose bewegliche Sache sich aneignen kann (§ 958 Abs. 1), weist aber alsbald auf die erheblichen Einschränkungen hin, die der Grundsatz durch gesetzliche Verbote der Aneignung und durch ausschließliche Aneignungsrechte erleidet (§ 958 Abs. 2). Es folgen Bestimmungen über die Voraussetzungen der Herrenlosigkeit, insbesondere des Herrenloswerdens durch Verzicht des Eigentümers (§ 959) sowie der Herrenlosigkeit von wilden Tieren (§ 960) und ausziehenden Bienenschwärmen (§ 961). Bezüglich der letzteren werden im Anschluß hieran die besonderen Befugnisse des Eigentümers bei der Verfolgung (§ 962) und die Rechtsänderungen geordnet, die sich aus der Vereinigung eines ausziehenden Schwarmes mit einem anderen (§ 963) oder aus dem Einziehen eines Bettelschwarmes in eine fremde besetzte Bienenwohnung (§ 964) ergeben.

Die Vorschriften über das Herrenloswerden beweglicher Sachen sind übrigens nicht nur für die Frage, ob die Sache der Aneignung unterliegt, sondern auch sonst von Bedeutung, wenn es sich darum handelt, ob das Eigentum an der Sache erloschen ist, z. B. dann, wenn der bisherige Eigentümer den Eigentumsanspruch geltend macht.

2. **Die Aneignung nicht herrenloser Sachen** kann landesrechtlich in bezug auf **Tauben**, die im Freien betroffen werden, gestattet werden (EG. Art. 130; vgl. Erl. 5 zu § 960).

Der Landesgesetzgebung ist auch die Regelung **des Beuterechts im Kriege** vorbehalten (M. III S. 370; preuß. ALR. I 9 §§ 193 ff.; Dernburg § 115 Nr. II S. 352).

§ 958.

E. I § 903; II § 873 rev. § 943; III § 942. P. I S. 4081 f.; M. III S. 369 f. P. II Bd. 3 S. 250 ff.

Der § 958 bestimmt die Voraussetzungen für den Erwerb des Eigentums an einer beweglichen Sache durch Aneignung. Es sind folgende:

1. **Herrenlosigkeit der Sache.** Eine Sache ist herrenlos, wenn sie entweder noch nie in jemandes Eigentum gestanden hat oder das frühere Eigentum an ihr erloschen ist. Von den ursprünglich herrenlosen Sachen erwähnt das BGB. nur die wilden Tiere (§ 960 Abs. 1). Daneben kommen namentlich die Erzeugnisse des Meeres in Betracht. Herrenlos gewordene Sachen sind die von dem Eigentümer aufgegebenen Sachen (§ 959), ferner wilde Tiere unter den Voraussetzungen des § 960 Abs. 2, 3, Bienenschwärme unter denen des § 961.

2. **Die Sache muß** von demjenigen, für welchen der Eigentumserwerb behauptet wird, **in Eigenbesitz genommen sein.** Unter Eigenbesitz ist hier wie in allen anderen Fällen, in denen nicht das Gegenteil bestimmt ist, auch der mittelbare Besitz mitzuverstehen. Aus der Fassung „in Eigenbesitz nimmt" wird nicht geschlossen werden können, daß hier die Erlangung des unmittelbaren Eigenbesitzes gefordert werde. „In Eigenbesitz nehmen" bedeutet nichts anderes als den Eigenbesitz erlangen. Der unmittelbare Eigenbesitz kann nur durch die eigene Besitzhandlung des Aneignenden erworben werden. Nur soweit ausnahmsweise der Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch Besitzdiener oder Vertreter möglich ist (s. Erl. 3a zu § 872 und Erl. 5 zu § 854), kann in dieser Art auch der unmittelbare Eigenbesitz erworben werden. Der mittelbare Eigenbesitz wird von demjenigen erworben, für welchen ein anderer den Besitz ergreift, wenn ersterer hierdurch den mittelbarem Besitz erlangt und die Sache als ihm gehörend besitzen will. Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen der mittelbare Besitz erworben wird, s. Erl. 2b β zu § 868 (vgl. auch Rümelin im Arch. f. civ. Pr. 93 S. 270 ff.). Hat jemand

eine herrenlose Sache, z. B. eine Muschel, in Besitz genommen, aber nicht um die Sache als ihm gehörend zu haben, sondern um sie einem anderen, als dessen Geschäftsführer er handelt, zu geben, so erwirbt der andere den Eigenbesitz und damit das Eigentum, wenn ihm die Besitzergreifung mitgeteilt, zwischen ihm und demjenigen, welcher den Besitz ergriffen hat, ein den mittelbaren Besitz begründendes Verhältnis hergestellt ist und er den Willen hat, die Sache als ihm gehörend in mittelbaren Besitz zu nehmen. Bis dahin bleibt die Sache, da sie noch von niemand in Eigenbesitz genommen ist, herrenlos (a. A. F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 114ff.).

Die Ergreifung des Eigenbesitzes führt auch dann zum Eigentumserwerbe, wenn schon ein anderer Anstalten zur Besitzergreifung gemacht hatte und der Aneignende ihn darin stört oder wenn dieser einen anderen an der Besitzergreifung hindert (vgl. dagegen preuß. ALR. I 9 §§ 12, 13); stellt sich die Störung oder Verhinderung jedoch als unerlaubte Handlung dar, so wird der Aneignende dem anderen zum Schadenersatze verpflichtet (§§ 823, 826). Auf den Erwerb des Eigentums braucht der Wille des Besitznehmers nicht gerichtet zu sein. Auch derjenige, welcher eine herrenlose Sache in der irrigen Meinung, daß sie nicht herrenlos sei, in Eigenbesitz nimmt, erwirbt daher das Eigentum an ihr. Die Aneignung ist hiernach kein Rechtsgeschäft (a. A. Rehbein Bd. 1 S. 101, Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 24ff., 137ff.). Zum Erwerbe des Eigenbesitzes ist aber eine Willenskundgebung erforderlich, die sich als eine Rechtshandlung darstellt, auf welche die für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden (Erl. 3a zu § 872).

3. **Die Aneignung darf nicht ausnahmsweise unzulässig sein.** Die Regel des § 958 Abs. 1, daß jede herrenlose Sache der freien Aneignung unterliegt, erleidet nach Abs. 2 Ausnahmen, von denen namentlich die zweite den Grundsatz der Aneignungsfreiheit sehr erheblich einschränkt.

a) Der Eigentumserwerb durch Aneignung ist ausgeschlossen:

α) bezüglich solcher herrenlosen Sachen, deren Aneignung gesetzlich verboten ist. Die Unwirksamkeit der verbotswidrigen Aneignung entspricht der Nichtigkeit verbotswidriger Rechtsgeschäfte (§ 134). Gesetzlich verboten ist die Aneignung, wenn sie durch irgendeine Rechtsnorm verboten ist (EG. Art. 2), sei dies eine Norm des Reichsrechts oder des Landesrechts, einschließlich der innerhalb der gesetzlichen Schranken erlassenen Polizeiverordnungen, und ohne Unterschied, ob die Zuwiderhandlung mit Strafe bedroht ist oder nicht. In Betracht kommen aber nur Verbote, die sich gegen die Aneignung bestimmter herrenloser Sachen richten, wie z. B. das Verbot des unbefugten Ausnehmens der Eier oder der Jungen von jagdbarem Federwild oder von Singvögeln (StGB. § 368 Nr. 11), die im § 1 des Reichsges., betr. den Schutz von Vögeln, v. 22. März 1888 enthaltenen Verbote des Ausnehmens von Vogeleiern und -jungen sowie das Verbot der Aneignung verleihbarer Mineralien (vgl. § 2 des preuß. Ges. v. 26. März 1856); nicht dagegen gehören hierher die gegen das Fangen von Vögeln gerichteten Verbote des Ges. v. 22. März 1888 sowie die Vorschriften über die Schonzeiten des Wildes (vgl. auch das Reichsges. betr. die Schonzeit für den Fang von Robben v. 4. Dezember 1876 nebst der V. v. 29. März 1877), weil diese Vorschriften nicht die Aneignung der betreffenden Tiere, sondern deren Tötung verbieten (vgl. RG. i. St. 7 S. 3; v. Staudinger in Bl. f. RAnw. 63 S. 201ff., Einiges über die Aneignung von Tieren mittels Jagd, Fischerei und Vogelfang).

β) Bezüglich solcher herrenlosen Sachen, welche einem ausschließlichen Aneignungsrecht unterworfen sind, ist der Eigentumserwerb durch Aneignung für jeden anderen als den Aneignungsberechtigten ausgeschlossen. Reichsgesetzliche Aneignungsrechte kommen nicht in Betracht. Insbesondere gibt der § 35 Abs. 1 der Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 dem Landesfiskus nicht ein Aneignungsrecht, sondern nur einen Anspruch auf Überweisung der strandtriftigen Güter ꝛc. nach erfolgtem Ausschlusse der unbekannten Empfangsberechtigten. Von landesgesetzlichen Aneignungsrechten sind besonders das Jagd- und das Fischereirecht von Bedeutung, außerdem das Bergwerkseigentum, das Bernsteinregal und das Perlenfischereiregal (M. III S. 370 Anm. 2). Der Aneignungsberechtigte selbst erwirbt das Eigentum nach Maßgabe des § 958 Abs. 1, soweit nicht die das Aneignungsrecht regelnden Landesgesetze ein anderes bestimmen.

b) Durch die gesetzlich verbotene oder ein Aneignungsrecht verletzende Aneignung wird Eigentum an der herrenlosen Sache nicht erworben. Die Sache gelangt also zwar in den Eigenbesitz des Besitznehmers und dieser genießt also auch Besitzschutz, selbst gegen den Aneignungsberechtigten; die Sache bleibt aber herrenlos. Das Eigentum wird weder von dem Besitznehmer noch von dem Aneignungsberechtigten erworben. Die Herrenlosigkeit hört erst auf, wenn ein Dritter die Sache von dem Besitznehmer in gutem Glauben erwirbt oder wenn der Aneignungsberechtigte sie in Eigenbesitz nimmt, mag dies auch durch verbotene

§. 959. Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigenthümer in der Absicht, auf das Eigenthum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgiebt.

Eigenmacht geschehen, oder wenn der Besitznehmer das Eigentum durch Ersitzung oder Verarbeitung erwirbt.

Dies gilt nach EG. Art. 69 namentlich auch für die Fälle der Aneignung unter Verletzung eines fremden Jagd- oder Fischereirechts, und zwar, wie die den Vorbehalt des Art. 69 einschränkenden Worte „unbeschadet der Vorschrift des § 958 Abs. 2 des BGB." ergeben, mit Ausschluß abweichender landesgesetzlicher Vorschriften (a. M. F. Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerb S. 114). Ein von einem Wilddieb in Besitz genommenes Tier bleibt hiernach herrenlos. Der Wilddieb macht sich durch Verbrauch oder Veräußerung des Tieres nicht der Unterschlagung (StGB. § 246) schuldig (RG. i. St. 5 S. 281; 23 S. 90). Der Jagdberechtigte kann wegen Verletzung seines Rechtes von dem Wilddiebe nach § 823 Abs. 1 Schadensersatz und daher gegebenenfalls nach § 249 auch Herausgabe des Tieres verlangen (vgl. im übrigen Bd. VI S. 153 Erl. 4 zu Art. 69; ferner Schmidt in Bl. f. RA. 69 S. 357 ff., Ansprüche und rechtliche Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderer).

Die Fälle der Verletzung anderer landesgesetzlicher Aneignungsrechte kann die Landesgesetzgebung abweichend von der Vorschrift des § 958 Abs. 2 regeln.

4. **Mit dem Erwerbe des Eigentums durch Aneignung erlöschen nicht die etwa an der Sache bestehenden Rechte,** wie solche bei Sachen, die vom Eigentümer aufgegeben sind, vorkommen können (Erl. 3 zu § 959). Der Erwerber kann jedoch die Freiheit von der Last durch Ersitzung erlangen (Erl. 2 zu § 945).

5. **Der Erwerb durch Aneignung ist ein ursprünglicher.** Er begründet bei aufgegebenen Sachen keine Rechtsnachfolge zwischen dem früheren Eigentümer und dem Aneigner (vgl. Romeick, zur Technik des BGB. Heft 3 S. 78 ff.).

§ 959.

E. I § 904; II § 874 rev. § 944; III § 943. P. I S. 4082 f.; M. III S. 370 f. P. II Bd. 3 S. 253 f.

Der **§ 959** regelt den Verlust des Eigentums an einer beweglichen Sache durch Verzicht (Dereliktion).

1. **Voraussetzung des Eigentumsverlustes** ist:

a) der Wille des bisherigen Eigentümers, auf das Eigentum zu verzichten. Der hier erforderte Verzichtswille ist nicht vorhanden, wenn der Eigentümer nur zugunsten einer bestimmten oder auch einer unbestimmten anderen Person das Eigentum aufgeben, dieser Person also sein Eigentum übertragen will.

Der Verzichtswille muß kundgegeben sein, und zwar genügt nicht eine beliebige Erklärung dieses Willens, vielmehr muß er in bestimmter Weise, durch tatsächliche Lossagung von der Sache, betätigt werden. Als solche Betätigung verlangt das Gesetz

b) das Aufgeben des Besitzes der Sache. Ist der Eigentümer im unmittelbaren Besitze der Sache, so gilt für das Aufgeben des Besitzes das in der Erl. 2 zu § 856 (oben S. 38) Bemerkte. Unter Besitz im Sinne des § 959 ist aber nach § 868 (Erl. 4 dazu, oben S. 65) auch der mittelbare Besitz zu verstehen (s. auch P. II Bd. 3 S. 254). Da der letztere auf dem Verhältnisse des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer beruht, wird zum Aufgeben des mittelbaren Besitzes eine dem unmittelbaren Besitzer gegenüber abzugebende Aufgebungserklärung des mittelbaren Besitzers erforderlich sein. Der Regel nach wird es sich übrigens in den Fällen des mittelbaren Besitzes nicht um ein einseitiges Aufgeben des Eigentums, sondern um dessen Übertragung auf den unmittelbaren Besitzer handeln.

Hat der Eigentümer die Sache weder im unmittelbaren noch im mittelbaren Besitz, ist ihm die Sache z. B. gestohlen oder verloren gegangen, so kann der Eigentümer auf das Eigentum nicht nach § 959 wirksam einseitig verzichten (a. M. Biermann). Auch wenn er also den Verzicht nachträglich erklärt, kann der Dieb, der Finder 2c. das Eigentum nicht durch Aneignung, sondern nur durch Übertragung, der Finder außerdem nach den §§ 973, 974 erwerben.

Das hier vorausgesetzte Aufgeben des Besitzes in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist (Bd. I S. 179), also ein Rechtsgeschäft (ebenso Kober Anm. 2 zu § 959, Rehbein Bd. 1 S. 101; vgl. M. III S. 33, wo die Frage offen gelassen ist), und zwar ein einseitiges und, soweit es sich um das Aufgeben

§. 960. Wilde Thiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden. Wilde Thiere in Thiergärten und Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern sind nicht herrenlos.

Erlangt ein gefangenes wildes Thier die Freiheit wieder, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigenthümer das Thier unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgiebt.

Ein gezähmtes Thier wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren.

---

des unmittelbaren Besitzes handelt, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Es finden also namentlich die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Willensmängel und Vertretung (a. A. Rümelin, Arch. f. civ. Pr. 93 S. 190, 270) Anwendung. Hiernach wird z. B. der Eigentümer die Aufgabe des Eigentums wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Bedrohung demjenigen gegenüber, welcher sich die Sache angeeignet hat, gemäß § 143 Abs. 4 Satz 1 anfechten können. Die Vornahme der Besitzaufgabe unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung ist durch die Natur des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen (a. A. Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag S. 12ff., der in den meisten Fällen der sog. traditio in incertam personam eine bedingte Eigentumsaufgabe annimmt).

2. **Nur das Eigentum erlischt** unter den vorstehend erörterten Voraussetzungen. Sonstige Rechte an der Sache bleiben bestehen.

§ 960.

E. I § 905; II § 875 rev. § 945; III § 944. M. I S. 4083 f.; M. III S. 371 f. P. II Bd. 3 S. 254 f.

1. **Der § 960 bestimmt** die besonderen Voraussetzungen, unter denen wilde Tiere, abgesehen von dem Falle des § 959, herrenlos sind oder werden. Der Begriff des wilden Tieres ist als feststehend vorausgesetzt. Den Gegensatz bilden nicht die gezähmten, sondern die zahmen Tiere. Dieselbe Tiergattung kann je nach der Gegend bloß in zahmen oder bloß in wilden oder, wie Schweine, Kaninchen, Enten rc., zugleich in zahmen und in wilden Exemplaren vorkommen.

Der Abs. 1 handelt von der ursprünglichen Herrenlosigkeit der wilden Tiere; die Abs. 2, 3 bestimmen zwei besondere Arten des Verlustes für das Eigentum an wilden Tieren.

2. **Der Abs. 1 Satz 1** besagt, daß wilde Tiere ihrer Natur nach, d. h. in dem ihrer Natur entsprechenden Zustande der Freiheit, herrenlos sind. Dagegen ist aus der Vorschrift nicht zu folgern, daß die Herrenlosigkeit des wilden Tieres notwendig mit dem Zustande der Freiheit endigt. Die Freiheit des Tieres endigt, wenn es gefangen, also in Besitz genommen wird. Ob aber mit der Besitzergreifung der Besitznehmer das Eigentum des Tieres erwirbt, bestimmt sich lediglich nach § 958; unter den dort im Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen ist danach der Eigentumserwerb ausgeschlossen und dauert die Herrenlosigkeit des Tieres fort. Ebensowenig folgt aus § 960 Abs. 1 Satz 1, daß ein wildes Tier mit der Wiedererlangung der Freiheit ohne weiteres wieder herrenlos wird (vgl. Abs. 2).

Der Abs. 1 Satz 2 soll einer unrichtigen Auffassung des ersten Satzes vorbeugen, indem er klarstellt, daß wilde Tiere in Tiergärten und Fische in geschlossenen Privatgewässern nicht als „in der Freiheit" befindlich anzusehen sind. Von den „Tiergärten" sind jedoch, wie im Gegensatze zu den Motiven, wo die Tiergärten schlechthin als eingehegte Grundstücke gekennzeichnet sind, in den P. II hervorgehoben wird, eingehegte Jagdreviere (vgl. EG. Art. 71 Nr. 2) wohl zu unterscheiden; denn das in solchen gehaltene jagdbare Wild gilt wenigstens in großen Teilen Deutschlands als herrenlos, die rechtswidrige Aneignung daher nicht als Diebstahl, sondern als Jagdvergehen. Für die Unterscheidung zwischen Tiergärten und Jagdgehegen wird es grundsätzlich darauf ankommen, ob die Tiere als schon in der tatsächlichen Gewalt des Grundstücksbesitzers befindlich, also von ihm in Besitz genommen anzusehen sind oder nicht (vgl. RG. i. St. 8 S. 275; 26 S. 218). Geschlossene Gewässer sind solche, welchen es an einer für den Wechsel der Fische geeigneten Verbindung fehlt; solche Gewässer sind stets Privatgewässer, d. h. nicht öffentliche Gewässer im Sinne des Wasserrechts (vgl. Dernburg § 135 Nr. III, § 137 S. 388, 391). Für den Begriff der geschlossenen Privatgewässer im Sinne der hier fraglichen Vorschrift sind landesgesetzliche Vorschriften, die, wie z. B. der § 4 des preuß. Fischereiges. v. 30. Mai 1874, den Begriff mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse

§. 961. Zieht ein Bienenschwarm aus, so wird er herrenlos, wenn nicht der Eigenthümer ihn unverzüglich verfolgt oder wenn der Eigenthümer die Verfolgung aufgiebt.

---

bestimmen, trotz des Vorbehalts des EG. Art. 65 nicht maßgebend (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 960).

3. Nach Abs. 2 geht das Eigentum an einem gefangenen wilden Tiere unter einer doppelten Voraussetzung verloren.

a) Das Tier muß die Freiheit wiedererlangt haben. Es braucht dies nicht, wie der E. I erforderte, die „natürliche" Freiheit des Tieres zu sein. Die Vorschrift findet hiernach auch auf wilde Tiere Anwendung, die bei uns nicht in natürlicher Freiheit vorkommen, z. B. auf die fremdländischen Tiere eines Zoologischen Gartens oder einer Menagiere, Kanarienvögel, Papageien 2c. Um den Eigentümer aber vor unfreiwilligem Eigentumsverluste zu schützen, ist dieser von einer zweiten Voraussetzung abhängig gemacht.

b) Der Eigentümer muß das Tier entweder nicht unverzüglich verfolgt, d. h. die Verfolgung schuldhaft verzögert (§ 121 Abs. 1), oder die Verfolgung aufgegeben, d. h. von der Fortsetzung der begonnenen Verfolgung Abstand genommen haben; daß letzteres in der Absicht geschehen sei, auf das Eigentum zu verzichten, ist nicht erforderlich. Die Verfolgung ist als schuldhaft verzögert anzusehen, wenn der Eigentümer nach Erlangung der Kenntnis von dem Entweichen des Tieres nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 Satz 2) die Wiedererlangung des Tieres betreibt. Unverschuldete Verhinderung an der Verfolgung schadet dem Eigentümer nicht. Unter Verfolgung ist nicht nur Nacheile, sondern jede andere auf die Wiedererlangung gerichtete Maßnahme, wie öffentliche Aufforderungen zum Einfangen und Zurückbringen des Tieres, zu verstehen (ebenso Dernburg S. 336). Der Eigentümer kann sich zur Verfolgung selbstverständlich auch anderer bedienen; ebenso kommt ihm die Verfolgung durch einen anderen, der als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt, zustatten.

Die Beweislast regelt sich dahin, daß, wer die Herrenlosigkeit behauptet, nur die zu a angegebene Voraussetzung darzutun, daß dagegen der Eigentümer zum Nachweise der Fortdauer seines Eigentums die unverzügliche Verfolgung zu beweisen hat, während seinem Gegner wiederum der Gegenbeweis obliegt, daß der Eigentümer die Verfolgung aufgegeben hat.

4. Nach Abs. 3 geht das Eigentum an einem von Natur wilden, aber gezähmten Tiere, z. B. einem gezähmten Rehe, dadurch verloren, daß das Tier die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren. Diese Gewohnheit unterscheidet die Bewegungsfreiheit des gezähmten Tieres von der Freiheit des wilden Tieres; mit ihrem Wegfalle befindet sich das Tier daher wieder in dem natürlichen Zustand eines wilden Tieres, und dem entspricht der Rückfall in die Herrenlosigkeit.

5. Zahme Tiere, Haustiere werden, wie andere bewegliche Sachen, nur durch Aufgeben des Eigentums (§ 959) herrenlos. Insbesondere findet die Vorschrift des § 960 Abs. 3 auf sie keine Anwendung. Die Jungen eines aufgegebenen Tieres sind gleichfalls herrenlos.

Zahme Tauben stehen reichsgesetzlich anderen Haustieren gleich. Jedoch bleiben nach EG. Art. 130 die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen nicht herrenlose Tauben, wenn sie im Freien betroffen werden, der Aneignung unterliegen, wie z. B. der § 111 des preuß. ALR. I, 9 und der § 40 der preuß. Feldpolizeiordnung v. 1. November 1847. Von der Anwendung dieser Vorschriften sind aber Militärbrieftauben nach § 1 des Reichsges., betr. den Schutz der Brieftauben und den Brieftaubenverkehr im Kriege, v. 28. Mai 1874 ausgeschlossen (vgl. EG. Art. 32).

§§ 961—964.

Bälz, Das Recht an Bienen, Stuttgart 1891 (S. 97 ff. über den E. I); Kolligs, Das Bienenrecht nach den §§ 906—909 des E. I, Arch. f. civ. Pr. 74 S. 433 ff.; Pritzl, Das Recht an Bienen nach deutschem BGB., Bl. f. RA. 66 S. 457 ff. Über die Rechte der Grundstückseigentümer zum Schutze gegen Bienen s. DJZ. 1903 S. 367, 1904 S. 688, Recht 1904 S. 309.

§ 961.

E. I § 906; II § 876 rev. § 946; III § 945. P. I S. 4084, 6266, 6271; M. III S. 373. P. II Bd. 3 S. 255. RB. S. 2001.

Der § 961 bestimmt einen besonderen Fall des Verlustes des Eigentums an einem Bienenschwarme. Die Vorschrift knüpft an die Eigentümlichkeit der Bienen an, daß periodisch

§. 962. Der Eigenthümer des Bienenschwarmes darf bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten. Ist der Schwarm in eine fremde nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen, so darf der Eigenthümer des Schwarmes zum Zwecke des Einfangens die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Er hat den entstehenden Schaden zu ersetzen.

§. 963. Vereinigen sich ausgezogene Bienenschwärme mehrerer Eigenthümer, so werden die Eigenthümer, welche ihre Schwärme verfolgt haben, Miteigenthümer

---

infolge der Aufzucht junger Brut ein Schwarm die bisherige Wohnung behufs Begründung einer neuen Kolonie verläßt, d. h. auszieht. Der Schwarm gibt mit dem Ausziehen die Gewohnheit, in seine bisherige Wohnung zurückzukehren, auf. Dennoch soll er nach § 961 nicht, entsprechend dem § 960 Abs. 3, schon durch das Ausziehen, sondern nur unter der gleichen Voraussetzung herrenlos werden, wie nach § 960 Abs. 2 ein gefangenes wildes Tier, das die Freiheit wiedererlangt. Bezüglich der Bedeutung dieser Voraussetzung und der Beweislast kann auf die Erl. 3b zu § 960 verwiesen werden.

Der E. I wollte das Eigentum an einem ausziehenden Bienenschwarme schon dann erlöschen lassen, wenn der Eigentümer den Schwarm dergestalt aus dem Gesichte verliert, daß er nicht mehr weiß, wo sich der Schwarm befindet. Dies hat die Reichstagskommission gestrichen.

§ 962.

E. I § 907; II § 877 rev. § 947; III § 946. P. I S. 4085 f., 6253, 6257, 6275; M. III S. 372. P. II Bd. 3 S. 255; Bd. 6 S. 235 f.

1. **Der § 962 gewährt dem Eigentümer eines ausgezogenen Bienenschwarmes zum Zwecke der Verfolgung besondere Selbsthilfebefugnisse,** die nicht an die Voraussetzungen des § 229 gebunden sind. Die Motive bemerken zwar, die Natur des hier bestimmten Rechtes sei dieselbe wie die des im § 867 (dem auch im BGB. der § 867 entspricht) bestimmten Rechtes; ein Vorgehen des Verfolgenden im Wege der Selbsthilfe sei nur insoweit erlaubt, als die im § 189 (BGB. § 229) bestimmten Voraussetzungen zutreffen. Auch erklärte der § 907 Abs. 3 des E. I die Vorschriften des § 867 für anwendbar. Ebenso wurde in der zweiten Kommission das im § 962 Satz 1 bestimmte Recht ohne Widerspruch als eine Anwendung des § 867 bezeichnet. Indessen hat die zweite Kommission bei der Revision ihrer Beschlüsse die Verweisung auf den § 867 gestrichen, und nach dem Wortlaute des § 962 unterliegt es keinem Zweifel, daß dem Eigentümer des Bienenschwarmes hier nicht nur, wie im § 867, ein Anspruch gegen den Grundstücksbesitzer auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung des Schwarmes, sondern Selbsthilfebefugnisse gewährt werden (ebenso Biermann zu § 962; a. A. Dernburg S. 339 Anm. 23).

2. **Der Eigentümer des Schwarmes darf**

a) bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten, nämlich alle diejenigen Grundstücke, deren Betreten durch die Verfolgung geboten ist. Vorausgesetzt ist, daß es sich um eine Verfolgung handelt, die nach § 961 zur Erhaltung des Eigentums geeignet ist, m. a. W., daß das Eigentum an dem Schwarme zur Zeit der Verfolgung noch nicht nach § 961 erloschen ist. Das Betreten des Grundstücks ist nach § 962 Satz 1 nicht verbotene Eigenmacht (§ 858 Abs. 1), auch kein rechtswidriger Angriff, gegen den dem Grundstückseigentümer Notwehr gestattet ist (§ 227). Vielmehr wird derjenige, welcher den Eigentümer des Bienenschwarmes an dem Betreten schuldhaft verhindert, nach § 823 Abs. 1 schadensersatzpflichtig. Der Schwarmeigentümer kann ferner

b) eine fremde Bienenwohnung, in die der Schwarm eingezogen ist, falls sie vorher nicht besetzt war (vgl. sonst § 964), **öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen.** Für die rechtliche Bedeutung dieser Befugnis gilt das unter a Bemerkte.

3. **Den Schaden,** der durch die Ausübung dieser Selbsthilfebefugnisse dem Eigentümer des Grundstücks oder der Bienenwohnung oder einem anderen entsteht, **hat der Eigentümer des Bienenschwarmes** ohne Rücksicht auf Verschulden nach Maßgabe der §§ 249 ff. **zu ersetzen** (vgl. § 904 Satz 2).

§ 963.

E. I § 908; II § 878 rev. § 948; III § 947. P. I S. 4086; M. III S. 373 f. P. II Bd. 3 S. 255.

Der § 963 enthält eine besondere Anwendung der Vorschriften des § 948 über die Vermengung beweglicher Sachen.

des eingefangenen Gesammtschwarmes; die Antheile bestimmen sich nach der Zahl der verfolgten Schwärme.

§. 964. Ist ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Bienenwohnung eingezogen, so erstrecken sich das Eigenthum und die sonstigen Rechte an den Bienen, mit denen die Wohnung besetzt war, auf den eingezogenen Schwarm. Das Eigenthum und die sonstigen Rechte an dem eingezogenen Schwarme erlöschen.

VI. Fund.

---

1. **Voraussetzung** des § 963 ist, daß mehrere Bienenschwärme verschiedener Eigentümer ausziehen, von ihren Eigentümern aber derart verfolgt werden, daß das Eigentum an ihnen nach § 961 nicht erloschen ist, und sich, sei es bei dem Ausziehen, sei es bei dem Anlegen (vgl. P. II a. a. O.), miteinander oder auch noch mit einem oder mehreren herrenlos gewordenen Schwärmen zu einem Gesamtschwarme vereinigen. Ob eine Trennung der Schwärme möglich ist oder nicht, ist entgegen dem § 948 Abs. 2 gleichgültig.

2. **Wirkung** der Vereinigung ist, entsprechend der Regel des § 948 (Erl. 2a zu § 948), die Entstehung von Miteigentum der Eigentümer, die ihre Schwärme verfolgt haben, an dem eingefangenen Gesamtschwarme. Jedoch sollen zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten die Anteile der Miteigentümer, abweichend von § 948 in Verb. mit § 947 Abs. 1 Satz 2, nicht nach dem Werte der verfolgten Einzelschwärme, sondern nach deren Zahl bemessen werden. Dieses Anteilsverhältnis wird nach dem Zwecke der Sondervorschrift auch maßgebend sein müssen, wenn zu dem Gesamtschwarm ein oder mehrere herrenlose Schwärme gehören (a. A. Biermann).

Bei der Aufhebung der Gemeinschaft ist es nach § 752 ausgeschlossen, den Gesamtschwarm derart in Natur zu teilen, daß einem der Miteigentümer ein Teil des Schwarmes ohne Königin zugewiesen wird, weil ein solcher Teilschwarm nicht als den anderen Teilen gleichartig angesehen werden kann.

Hat nur ein Eigentümer seinen ausgezogenen Schwarm verfolgt, so erwirbt er durch das Einfangen des Gesamtschwarmes an dem mit seinem Schwarme vereinigten herrenlosen Schwarme das Eigentum nach § 958.

§ 964.

E. I § 909 Satz 1, 2; II § 879 rev. § 949; III § 948. P. I S. 4084 f., 6275; M. III S. 374, P. II Bd. 3 S. 255; Bd. 4 S. 590 f. RB. S. 2001.

Auch der § 964 behandelt einen Fall der Vermengung mehrerer Bienenschwärme, regelt ihn aber abweichend vom § 948. Der die Voraussetzung bildende Vorgang, daß ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Bienenwohnung einzieht, ereignet sich namentlich im Frühjahr und im Herbste, indem das gesamte Volk aus Mangel an Nahrung auszieht und sich auf andere Stöcke wirft, wo es dann ein gegenseitiges Abstechen und dadurch Schaden verursacht. In diesen Fällen läßt der § 964 mit Rücksicht darauf, daß das Ausziehen eines solchen sog. Not-, Bettel- oder Hungerschwarmes der Regel nach die Folge nachlässig betriebener Zucht ist, das Eigentum und die sonstigen Rechte an dem eingezogenen Schwarm erlöschen und das Eigentum sowie die sonstigen Rechte an den Bienen, mit denen die Wohnung besetzt war, sich auf den eingezogenen Schwarm erstrecken. Der bisherige Eigentümer kann sich in diesem Falle nicht durch Verfolgung gemäß § 961 das Eigentum erhalten. Dem bisherigen Eigentümer und den sonstigen bisherigen Berechtigten steht, wie der E. I ausdrücklich bestimmte, abweichend vom § 950, auch nicht ein Anspruch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu, da die Bereicherung hier in der Vorschrift des § 964 einen rechtlichen Grund hat und daher eine der Voraussetzungen jedes Bereicherungsanspruchs, der Mangel eines rechtlichen Grundes, nicht gegeben ist.

VI. Fund.

Delius, Das Fundrecht und das Schatzrecht nach dem BGB. unter besonderer Berücksichtigung der Pflichten der Polizeibehörden, Preuß. Verwaltungsbl. 1899 S. 337 ff.; Johnson,

Die Behandlung von Fundsachen unter dem neuen Rechte, Fischers Z. f. Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung 22 S. 321 ff.

1. Inhaltsübersicht im allgemeinen. Der vorliegende Unterabschnitt handelt vom Funde nur in den §§ 965—982, und zwar enthalten die §§ 965—978 Vorschriften über die regelmäßigen Fälle des Fundes, die §§ 979—982 besondere Vorschriften über Funde in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt. An sie schließt der § 983 eine entsprechende Vorschrift über die Behandlung gewisser auf andere Weise in den Besitz einer öffentlichen Behörde gelangten Sachen an. Der § 984 regelt den Erwerb des Eigentums an einem Schatze.

2. Grundgedanken und Übersicht des Fundrechts. Das BGB. folgt in den §§ 965—982 den Grundgedanken nach den neueren Gesetzgebungen, indem es den Finder verpflichtet, sich um die Ermittelung des Verlierers oder sonstigen Empfangsberechtigten zu bemühen, ihm bei der Erfüllung dieser Verpflichtung obrigkeitliche Hilfe gewährt und, falls die Nachforschungen nach dem Empfangsberechtigten erfolglos bleiben, das Eigentumsverhältnis der Sache neu regelt.

Der Fund, d. h. die Tatsache, daß jemand eine verlorene Sache findet und an sich nimmt, ist für sich allein keine Eigentumserwerbsart, sondern begründet zunächst nur obligatorische Pflichten und Rechte des Finders, deren Zweck es ist, die Sache dem Empfangsberechtigten zu erhalten und zurückzuverschaffen. In Ermangelung besonderer Vorschriften würde für die Beurteilung des durch den Fund begründeten Schuldverhältnisses die Frage zu entscheiden sein, ob das Finden die Besorgung eines fremden Geschäfts ist und ob daher in jedem Falle des Findens die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) anwendbar sind. Statt zu dieser Frage Stellung zu nehmen, regelt das BGB. die Pflichten und Rechte des Finders selbständig und macht dadurch ein Zurückgehen auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag für die Regel entbehrlich, ohne es indessen auszuschließen (vgl. Rspr. 8 S. 112). Wegen des Zusammenhanges mit den Vorschriften über den Erwerb des Eigentums an der gefundenen Sache sind die auf das Schuldverhältnis bezüglichen Bestimmungen (§§ 965—972) jenen Vorschriften (§§ 973—977) hier vorausgeschickt. In beiden Beziehungen sind die Anforderungen des Gesetzes bei geringwertigen Sachen, d. h. Sachen, die nicht mehr als drei Mark wert sind, leichtere als bei anderen Sachen (§ 965 Abs. 2 Satz 2, § 973 Abs. 2).

Im einzelnen regeln der § 965 die Anzeigepflicht des Finders, der § 966 seine Verpflichtung zur Verwahrung der Sache, der § 967 das Recht und die Pflicht des Finders zur Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde, der § 968 den Grad seiner Haftung, der § 969 seine Befreiung durch Herausgabe an den Verlierer; die §§ 970—972 behandeln die Ansprüche des Finders auf Ersatz von Aufwendungen und auf Finderlohn.

Der Eigentumserwerb des Finders (§§ 973, 974) setzt die Ausschließung der Rechte der Empfangsberechtigten voraus. Zu ihr erfordert das BGB. aber nicht, wie das frühere preußische Recht, ein gerichtliches Aufgebotsverfahren, sondern nur den Ablauf bestimmter Fristen. Unter gewissen Voraussetzungen tritt in Ansehung des Eigentumserwerbes an die Stelle des Finders die Gemeinde des Fundorts (§ 976). Den durch die Neuregelung der dinglichen Rechtsverhältnisse Benachteiligten bleiben für eine begrenzte Zeit persönliche Ausgleichungsansprüche vorbehalten (§ 977).

3. Mitwirkung der Polizeibehörden. Die §§ 965 ff. setzen wegen der Rolle, die sie den Polizeibehörden zuteilen, zu ihrer Ergänzung landesrechtliche Vorschriften über die Tätigkeit der Polizeibehörden in Fundangelegenheiten voraus. Solche sind erlassen für Preußen durch die Dienstanweisung des Ministers des Innern, betr. die polizeiliche Behandlung der Fundsachen, v. 27. Oktober 1899 (vgl. Allg. Verf. des Justizministers v. 21. November 1899), für Bayern durch die Minist.-Bekanntmachung v. 14. Dezember 1899, für Sachsen durch die V. v. 6. Juli 1899 §§ 24—26, für Württemberg durch die Minist.-Verf. v. 14. Dezember 1899, für Baden durch die V. v. 11. November 1899 §§ 19 ff., für Hessen durch die V. v. 9. August 1899 ꝛc.

4. Die besonderen Vorschriften der Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 über Seeauswurf und strandtriftige Gegenstände (§§ 20 ff., 26 ff.) sind selbstverständlich in Kraft geblieben (EG. Art. 32).

5. Internationales Privatrecht. Die Rechte des Finders bestimmen sich nach dem Rechte des Fundorts (OLG. Hamburg in Rspr. 10 S. 114; s. auch DJZ. 1904 S. 740).

§. 965. Wer eine verlorene Sache findet und an sich nimmt, hat dem Verlierer oder dem Eigenthümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten unverzüglich Anzeige zu machen.

Kennt der Finder die Empfangsberechtigten nicht oder ist ihm ihr Aufenthalt unbekannt, so hat er den Fund und die Umstände, welche für die Ermittelung der Empfangsberechtigten erheblich sein können, unverzüglich der Polizeibehörde anzuzeigen. Ist die Sache nicht mehr als drei Mark werth, so bedarf es der Anzeige nicht.

---

§ 965.

E. I § 910 Abs. 1, 2, § 921 Abs. 1; II § 880 rev. § 950; III § 949. P. I S. 4099 ff., 4133 f., 6223, 6229, 6266, 6271; M. III S. 375 ff., 386. P. II Bd. 3 S. 255 f., 272. D. S. 664. KB. S. 2001.

Schäfer, Über Fundrecht, Bl. f. RAnw. 68 S. 1 ff.; Silberschmidt, Fund in Privat- und Gasthäusern, Bl. f. RAnw. 68 S. 109 ff.; derselbe, Der Fund verlorener Sachen, Bl. f. RAnw. 69 S. 337 ff.; Francke, Räumlichkeiten als Orte des Verlierens und Findens, Hirths Annalen 1903 S. 310 ff.; Brückmann, Der Begriff der verlorenen Sache, Arch. f. Bürg. R. 23 S. 322 ff.

Der § 965 bestimmt den Begriff des Finders und regelt die Anzeigepflicht des Finders.

1. Finder ist, wer eine verlorene Sache findet und an sich nimmt.

a) Nur **verlorene Sachen** können Gegenstand eines Fundes sein. Der E. I § 910 Abs. 1 redete von verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen, weil von „verlorenen" Sachen nicht selten in einem Sinne gesprochen werde, welcher für die Vorschriften über den Fund zu eng sei (M. III S. 375), und von der zweiten Kommission wurde der § 910 Abs. 1 sachlich angenommen. Man wird daher, obwohl an anderen Stellen des BGB. die verlorenen Sachen den gestohlenen oder sonst abhanden gekommenen gegenübergestellt werden (vgl. z. B. §§ 935, 1006, 1007), im § 965 Abs. 1 den Ausdruck „verlorene Sache" in einem weiteren Sinne verstehen und auch auf gestohlene, vom Diebe aber wieder weggeworfene Sachen beziehen müssen. Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, wenn der Finder einer solchen Sache nicht die in den §§ 965 ff. bestimmten Pflichten und Rechte hätte und nicht nach dem § 973 das Eigentum an der Sache erwerben könnte. Nach dem Zwecke der hier gegebenen Vorschriften, besitzerlose Sachen den Empfangsberechtigten zurückzuverschaffen und, falls dieses Ziel nicht erreicht wird, das Eigentumsverhältnis neu zu regeln, wird man aber sogar noch weiter gehen und annehmen müssen, daß eine Sache auch dann „verloren" ist, wenn die Gewalt über sie von dem unmittelbaren Besitzer freiwillig, aber ohne den Willen des mittelbaren Besitzers (Vermieters, Verpfänders 2c.) aufgegeben ist. Als verloren im Sinne des § 965 ist somit jede Sache anzusehen, die aus der Gewalt des früheren unmittelbaren Besitzers ohne dessen Willen (z. B. auch durch die Handlung eines Besitzdieners) oder ohne den Willen des mittelbaren Besitzers gekommen ist und sich in niemandes tatsächlicher Gewalt befindet. Der Versuch Brückmanns, den Begriff der verlorenen Sache von dem des Besitzverlusts loszulösen und rein wirtschaftlich und subjektiv im Anschluß an die Auffassung des täglichen Lebens zu bestimmen — als eine Sache, die meinem Machtbereich gegen oder ohne meinen Willen derart entfremdet ist, daß ich sie vernünftigerweise nicht mehr wirtschaftlich in Betracht ziehen, nach aller Wahrscheinlichkeit nicht mehr als zu meinem Vermögen gehörig rechnen, nicht mehr auf sie als ein an seinem Teile für meine Bedürfnisse arbeitendes Vermögensstück bauen kann — verdient weder seiner Begründung noch seinen Ergebnissen nach Beifall (dagegen auch Silberschmidt in Bl. f. RAnw. 69 S. 337 ff.). Eine Sache, die der Besitzer, um sie zu verbergen, verscharrt hat, ist nicht verloren (Rspr. 6 S. 117).

Von der Anwendung der §§ 965 ff. ausgeschlossen sind:

α) solche besitzlos gewordene Sachen, welche zugleich herrenlos sind; sie unterliegen der Aneignung (§ 958);

β) nach § 978 Satz 2 Sachen, die in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt, d. h. Transportanstalt (Erl. 1c zu § 978), gefunden werden.

γ) Zweifelhaft ist, inwieweit auch in anderen im Besitz einer Privatperson stehenden Räumen ein den Vorschriften der §§ 965 ff. unterliegender Fund ausgeschlossen ist. Die M. III S. 387 stellen die zu *β* erwähnten besonderen Fundorte einerseits dem keiner besonderen Aufsicht unterstellten Gebiete des gewöhnlichen Findens, anderseits den „Privatgebieten und Privaträumen" gegenüber, „wo die dort befindlichen Sachen bereits einer gewissen Detention unterstehen und

nicht im eigentlichen Sinne gefunden werden können". Da jedoch das Gesetz für die Funde in Privaträumen nicht, wie im § 978 für Funde in den dort bezeichneten Räumen, eine ausdrückliche Ausnahme bestimmt, so fragt es sich lediglich, ob die im § 965 Abs. 1 bestimmten Tatbestandsmerkmale des Fundes bei jenen Privaträumen ausgeschlossen sind. Unzweifelhaft kann eine Sache auch in einem solchen Raume dem bisherigen Besitzer verloren gehen, wenngleich hier der Besitzverlust nicht selten nach § 856 Abs. 2 ausgeschlossen sein wird. Ebensowenig läßt sich aber bestreiten, daß eine so verlorene Sache, sei es von dem Besitzer des Raumes, sei es von einem Dritten, gefunden werden kann. Nur dann wäre der gesetzliche Tatbestand des Fundes nicht für gegeben zu erachten, wenn die dem bisherigen Besitzer verloren gegangene Sache ohne weiteres als in den Besitz des Besitzers des Raumes gelangt angesehen werden könnte; denn dann würde eine solche Sache nicht mehr eine „verlorene" sein. Indessen trifft die bezeichnete Voraussetzung jedenfalls nicht allgemein zu (vgl. oben S. 32 Erl. 2 zu § 854). Es ging daher zu weit, wenn in den früheren Auflagen gesagt war, daß Sachen, die man in der Wohnung, dem Kaufladen, dem Gasthause, dem Wagen eines anderen verliert, nicht Gegenstand eines Fundes sein könnten (ebenso auch Schäfer a. a. O.; dagegen Silberschmidt, Francke).

δ) Nicht verloren und deshalb auch nicht findbar sind solche Sachen, deren Besitz der gegenwärtige Besitzer durch einen Anvertrauungsvertrag erlangt hat; die Rechte und Pflichten des Besitzers bestimmen sich nach dem Vertrage, seine Befugnis zur Hinterlegung nach den §§ 372, 378 (M. III S. 386f.).

b) Zum **Finder** einer verlorenen Sache wird man nicht schon dadurch allein, daß man sie findet, d. h. wahrnimmt, sondern erst dadurch, daß man sie an sich, d. i. in Besitz nimmt (vgl. über das Besitzverhältnis des Finders Erl. 2γ zu § 868, oben S. 63). Es ist eine Besitzerwerbshandlung des Finders erforderlich, zu der jedoch auch geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen fähig sind (S. 31f., Erl. 2 zu § 854). Wer eine auf der Straße liegende Sache behufs Besichtigung aufnimmt, alsbald aber wieder am Fundorte niederlegt, hat sie damit noch nicht „an sich" genommen und ist somit auch noch nicht als „Finder" verpflichtet (P. II Bd. 3 S. 258).

Haben mehrere eine Sache gleichzeitig wahrgenommen, so entscheidet die Besitzergreifung darüber, wer „Finder" ist. Verhinderung des anderen an der Besitzergreifung kann jedoch unter Umständen eine nach § 823 oder § 826 unerlaubte und daher zum Schadensersatze verpflichtende Handlung sein.

2. Der Finder ist nach § 965 zur Anzeige des Fundes verpflichtet.

a) Die Anzeige ist zu erstatten:

α) wenn der Finder einen Empfangsberechtigten und dessen Aufenthalt kennt, **dem Empfangsberechtigten,** und zwar ohne Rücksicht auf den Wert der Sache (Rspr. 4 S. 332; vgl. dagegen Abs. 2 Satz 2). Durch die Anzeige bei der Polizeibehörde genügt der Finder in diesem Falle seiner Anzeigepflicht nicht. Indessen bedarf es bei Sachen im Werte von mehr als drei Mark der Anzeige bei der Polizeibehörde, um dem Finder den Erwerb des Eigentums an der Sache nach § 974 zu ermöglichen (Erl. 1 zu § 974). **Empfangsberechtigter ist** jeder, der die Herausgabe der Sache von dem Finder verlangen kann (Rspr. 8 S. 112), also immer der Verlierer, d. h. der frühere unmittelbare oder mittelbare Besitzer, dem die Sache abhanden gekommen ist, nach § 812 und § 1007, ferner derjenige, welcher auf Grund eines dinglichen Rechtes (Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht) einen Herausgabeanspruch hat. Sind dem Finder mehrere Empfangsberechtigte nach Person und Aufenthalt bekannt, so genügt er seiner Anzeigepflicht durch die Benachrichtigung eines von ihnen (vgl. § 428 Satz 1). Zu Nachforschungen nach den Empfangsberechtigten und ihrem Aufenthalt ist der Finder nicht verpflichtet. Dagegen wird es als Verletzung der Anzeigepflicht anzusehen sein, wenn er aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (§ 968) solche Merkmale, aus denen sich die Empfangsberechtigung und der Aufenthalt einer bestimmten Person ohne weiteres ergibt, unbeachtet läßt und aus diesem Grunde nicht dem Empfangsberechtigten Anzeige macht, und ebenso, wenn er einem sich als Empfangsberechtigten meldenden ohne berechtigten Grund zum Zweifel an dessen Berechtigung die Anzeige nicht erstattet (Rspr. 4 S. 332).

β) Kennt der Finder keinen Empfangsberechtigten nach Person und Aufenthalt, so hat er die Anzeige **der Polizeibehörde** zu erstatten. Anzeige bei der Polizeibehörde des Fundorts ist im Interesse der Erleichterung des Finders absichtlich nicht vorgeschrieben. Es genügt die Anzeige bei irgendeiner Polizeibehörde, die nach Landesrecht für die Entgegennahme von Fundanzeigen sachlich zuständig ist, also der Regel nach bei einer Ortspolizeibehörde. Die Verpflichtung der

§. 966. Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet.

Ist der Verderb der Sache zu besorgen oder ist die Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden, so hat der Finder die Sache öffentlich versteigern zu lassen. Vor der Versteigerung ist der Polizeibehörde Anzeige zu machen. Der Erlös tritt an die Stelle der Sache.

---

vom Finder zunächst benachrichtigten Polizeibehörde zur Mitteilung der Anzeige an die Polizeibehörde des Fundorts bestimmt sich nach den für diese Behörden maßgebenden Dienstvorschriften. Das gleiche gilt, wenn sich der Finder zunächst an eine sachlich unzuständige Behörde wendet. Eine Verletzung der Anzeigepflicht wird hierin schon deshalb kaum jemals zu finden sein, weil der Finder nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat.

Die hier fragliche Anzeigepflicht umfaßt neben der Mitteilung vom Funde selbst auch die Angabe aller Umstände, welche für die Ermittelung des Empfangsberechtigten erheblich sein können, wie insbesondere Zeit und Ort des Fundes, auch soweit solche Umstände ihm nachträglich bekannt werden (ebenso Delius S. 339).

Die Pflicht zur Anzeige bei der Polizeibehörde ist zur Vermeidung einer unverhältnismäßigen Belastung des Finders und der Behörden ausgeschlossen bei Sachen, die nicht mehr als drei Mark wert sind (vgl. Sächs. BGB. § 243). Ob diese Voraussetzung zutrifft, hat hinterher im Streitfalle das Gericht zu entscheiden. Jedoch fällt dem Finder, der die Anzeige wegen Geringwertigkeit der Sache unterläßt, eine Verletzung der Anzeigepflicht nur dann zur Last, wenn er den höheren Wert der Sache kennt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Der Finder einer nicht mehr als drei Mark werten Sache ist, falls ihm kein Empfangsberechtigter nach Person und Aufenthalt bekannt ist, statt zur Anzeige bei der Polizei nur verpflichtet, auf Nachfrage den Fund anzugeben. Die Wirkungen der Verletzung dieser Pflicht ergeben sich aus § 971 Abs. 2 und § 973 Abs. 2 Satz 2.

Ob die Polizeibehörde die ohne gesetzliche Verpflichtung bei ihr gemachten Anzeigen von Funden geringwertiger Sachen nicht dennoch entgegenzunehmen hat, bestimmt sich nach den für sie geltenden Dienstvorschriften. Die Anerkennung einer dahingehenden dienstlichen Verpflichtung liegt im Interesse des Verlierers oder der sonstigen Empfangsberechtigten, weil sie ihnen die Ermittelung des Finders erleichtert.

b) Die Anzeige sowohl an den Empfangsberechtigten als auch an die Polizeibehörde muß **unverzüglich**, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1), erfolgen. Auch in dieser Hinsicht hat der Finder aber nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 968).

c) **Die Verletzung der Anzeigepflicht** durch Unterlassung, schuldhafte Verzögerung oder unvollständige Erstattung der Anzeige macht den Finder des Anspruchs auf Finderlohn verlustig (§ 971 Abs. 2) und begründet ferner eine Verpflichtung zum Schadensersatze. Wegen des Eigentumserwerbes vgl. Erl. 1 a α zu § 973.

§ 966.

E. I §§ 911, 913; II § 881 rev. § 951; III § 950. P. I S. 4107 ff., 4112 ff.; M. III S. 378 f. P. II Bd. 2 S. 258, 261. D. S. 664.

1. **Abs. 1. Die Verwahrungspflicht des Finders** beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem er die Sache „an sich genommen" hat (Erl. 1 b zu § 965). Ob der Finder bei der Besitzergreifung irrtümlich vorausgesetzt hat, daß er die Sache alsbald dem Verlierer werde wieder zuführen können, macht für die Verwahrungspflicht keinen Unterschied (a. A. Dernburg S. 356). Der Finder verletzt seine Pflicht, wenn er die Sache wieder wegwirft, und selbst dann, wenn er sie an den Fundort zurückbringt. Ebensowenig darf der Finder die Sache verbrauchen oder außer den Fällen des Abs. 2 veräußern, und zwar selbst dann nicht, wenn die Sache so schnell dem Verderb ausgesetzt ist, daß ihr Wert auch nicht durch die im Abs. 2 vorgeschriebene öffentliche Versteigerung dem Empfangsberechtigten erhalten werden kann, wie z. B. Lebensmittel (ders. Ansicht Biermann Erl. 3 zu § 966; a. M. Dernburg S. 356; Kober Erl. 2 zu § 966).

Der Finder hat nur, wie der E. I besagte, für die Verwahrung zu sorgen; zur persönlichen Verwahrung ist er nicht verpflichtet. Der Grad seiner Haftung bestimmt sich nach § 968. Der E. I § 911 Abs. 1 erwähnte neben der Verpflichtung zur Verwahrung ausdrücklich die Verpflichtung zur Erhaltung der Sache. Da jene Vorschrift von der zweiten Kommission sachlich gebilligt ist, wird man annehmen müssen, daß unter „Verwahrung" im Sinne des § 966

§. 967. Der Finder ist berechtigt und auf Anordnung der Polizeibehörde verpflichtet, die Sache oder den Versteigerungserlös an die Polizeibehörde abzuliefern.

Abs. 1 auch die Erhaltung zu verstehen ist, wenngleich im § 970 beide Begriffe unterschieden werden. Der Finder ist somit auch verpflichtet, die zur Erhaltung der Sache erforderlichen Aufwendungen zu machen (wegen des Ersatzes vgl. § 970).

Der Finder kann sich jedoch von der Verwahrungspflicht jederzeit durch die Ablieferung der Sache an die Polizeibehörde (§ 967) befreien. Seine Verpflichtung endigt ferner durch die Ablieferung an einen Empfangsberechtigten (§ 969).

2. **Abs. 2.** An die Stelle der Verwahrungspflicht tritt bei Sachen, deren Verderb zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist, **die Verpflichtung, die Sache öffentlich versteigern zu lassen.** Der Finder ist hierzu nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet. Wie die Versteigerung zu bewirken ist, ergibt sich aus § 383 Abs. 3 Satz 1. Der Finder haftet für die Erfüllung der Verpflichtung nach § 968.

Um der Polizeibehörde vor der Versteigerung Gelegenheit zu geben, die im Interesse der Empfangsberechtigten erforderlichen Anordnungen, namentlich in betreff der Ablieferung der Sache oder des Erlöses (§ 967) zu treffen, verpflichtet das Gesetz (**Satz** 2) den Finder zur vorherigen Anzeige von der beabsichtigten Versteigerung bei „der Polizeibehörde“. Es braucht dies nicht die Polizeibehörde des Fundorts zu sein, vielmehr gilt auch hier das in der Erl. 2 a β zu § 965 Bemerkte. Die Nichterfüllung der Anzeigepflicht macht den Finder schadensersatzpflichtig.

Der Eigentumserwerb des Erstehers ergibt sich, wenn dieser über das Nichteigentum des veräußernden Finders in gutem Glauben ist, aus den §§ 932ff., § 935 Abs. 2. Aber auch wenn der Ersteher das Nichteigentum des Finders kennt, erwirbt er das Eigentum; denn der Finder ist zur Veräußerung im Wege öffentlicher Versteigerung durch § 966 Abs. 2 gesetzlich ermächtigt; eine so erfolgte Veräußerung steht deshalb in der rechtlichen Wirkung einer Veräußerung durch den Eigentümer gleich.

Der Erlös tritt ganz allgemein **an die Stelle der Sache (Satz 3),** insbesondere in bezug auf die Verwahrungspflicht des Finders (§ 966 Abs. 1), sodaß er den Erlös nicht wie eigenes Geld vereinnahmen darf, und in bezug auf den Erwerb des Eigentums durch ihn (§§ 973, 974) oder durch die Gemeinde (§ 976). Eine Hinterlegung des Erlöses bei der Hinterlegungsstelle findet nicht statt; zu ihrem Ersatze dient die Ablieferung bei der Polizeibehörde (§ 967).

§ 967.

E. I § 912 Abs. 1; II § 882 rev. § 952; III § 951. M. I S. 4107ff., 4115; M. III S. 379. P. II Bd. 3 S. 259. D. S. 664.

1. **Der Finder ist jederzeit berechtigt,** die gefundene Sache, auch wenn sie nicht mehr als drei Mark wert ist, oder im Falle des § 966 Abs. 2 den Versteigerungserlös an die, d. h. an jede beliebige sachlich zuständige, Polizeibehörde abzuliefern. Bezüglich der letzteren gilt das in der Erl. 2 a β zu § 965 Bemerkte auch hier.

Das Ablieferungsrecht hat die Bedeutung, daß der Finder befugt ist, sich durch die Ablieferung von allen Verpflichtungen aus dem Funde für die Zukunft zu befreien. Diese befreiende Wirkung der Ablieferung war im E. I § 912 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen, und letztere Vorschrift ist in der zweiten Lesung sachlich angenommen und nur von der Redaktionskommission als selbstverständlich gestrichen worden. Der Finder wird also durch die Ablieferung nicht nur von der weiteren Verpflichtung zur Verwahrung, sondern namentlich auch von jeder Verantwortlichkeit für die Herausgabe der Sache an den wahren Empfangsberechtigten frei. Wenn der § 975 Satz 3 die Herausgabe der Sache seitens der Polizeibehörde an einen Empfangsberechtigten von der Zustimmung des Finders abhängig macht, so geschieht dies lediglich zur Wahrung der Rechte des Finders, die durch die Ablieferung an die Polizeibehörde nicht berührt werden (§ 975 Satz 1), nicht aber etwa deshalb, weil dem Finder eine Mitwirkung bei der Prüfung der Empfangsberechtigung aufgebürdet werden sollte.

2. **Zur Ablieferung verpflichtet** ist der Finder, wenn sie von der Polizeibehörde angeordnet wird. Eine solche Anordnung ist zugelassen, um der Polizeibehörde „im Interesse der öffentlichen Ordnung oder zum Schutze des Eigentums“ ein Eingreifen zu ermöglichen. Die Anordnung kann entweder für bestimmte Fälle allgemein durch Polizeiverordnung oder im einzelnen Falle durch Verfügung irgend einer sachlich zuständigen Polizeibehörde getroffen werden. Die Wirkungen einer angeordneten Ablieferung sind dieselben wie die einer freiwilligen Ablieferung.

§. 968. Der Finder hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

§. 969. Der Finder wird durch die Herausgabe der Sache an den Verlierer auch den sonstigen Empfangsberechtigten gegenüber befreit.

---

3. **Mit der Ablieferung überkommt die Polizeibehörde die Verpflichtung zur Verwahrung der Sache oder des Erlöses und zu deren Herausgabe an den wahren Empfangsberechtigten.** Bezüglich der Verwahrung kommt der § 975 Satz 2 in Betracht, der voraussetzt, daß die Polizeibehörde die Sache unter gewissen Umständen versteigern lassen kann. Über die Kosten der polizeilichen Verwahrung vgl. Erl. 2 zu § 970. Wegen der Herausgabe an den Finder oder einen Empfangsberechtigten oder die Gemeinde des Fundorts vgl. Erl. zu § 973, § 975 Satz 3, § 976. In den durch die reichsgesetzlichen Vorschriften gezogenen Schranken unterliegt die Regelung der Pflichten der Polizeibehörde dem Landesrechte.

§ 968.

E. II § 883 rev. § 953; III § 952. P. II Bd. 3 S. 258 f. D. S. 664.

Der § 968 erleichtert die Haftung des Finders in gleicher Weise wie der § 680 die Haftung des Geschäftsführers ohne Auftrag in dem Falle, daß die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt. Über Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vgl. Bd. I S. 40.

Auf die Haftung eines geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Finders (vgl. Erl. 1b zu § 965) findet die Vorschrift des § 682 Anwendung, da die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag auf das durch den Fund begründete Schuldverhältnis überhaupt ergänzend anzuwenden sind (ebenso Biermann Erl. zu § 968). Ein solcher Finder haftet demgemäß nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (vgl. Erl. 1 zu § 682).

§ 969.

E. II § 884 rev. § 954; III § 953. P. II Bd. 3 S. 259 ff. D. S. 664.

1. **Entstehung.** Die Vorschrift ist von der zweiten Kommission aufgenommen worden.

Der E. I überließ die darin behandelte Frage der Entscheidung durch Doktrin und Praxis. Die M. III S. 376 f. bemerkten dazu: Die Empfangsberechtigung werde sich nach den Vorschriften über die Vindikation, einschließlich der Vindikation des Pfand- und Nießbrauchsberechtigten, beurteilen, wobei die Verlusttatsache (unter entsprechender Anwendung der Vorschrift des § 825) als genügender Beweis des Rechtes angesehen werden könne. Man werde vom Finder Sorgfalt in der Prüfung der Legitimation des Empfangsberechtigten verlangen, jedoch die Restitution an den Verlierer, auch wenn dieser nur obligatorisch berechtigter Inhaber oder Inhaber ohne eigenes rechtliches Interesse gewesen sein sollte, dem Finder, der von diesen Umständen Kenntnis hatte, nicht zum Vorwurfe machen können, sofern der Verlierer nur nicht unredlicher Inhaber oder Besitzer war.

Die zweite Kommission ging demgegenüber davon aus, daß sich eine Empfangsberechtigung dem Finder gegenüber nicht nur aus den Vorschriften über die Ansprüche aus dinglichen Rechten, sondern auch aus den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ergebe. Nach den letzteren sei derjenige, welcher sich zur Zeit des Verlustes im unmittelbaren Besitze der Sache befand, sowie neben ihm nach Maßgabe der zu § 821 gefaßten Beschlüsse (d. h. des jetzigen § 869) der mittelbare Besitzer empfangsberechtigt. Hieraus folge schon die Empfangsberechtigung des Verlierers, ausgenommen den Fall, daß dieser ein bloßer Besitzdiener war, weil ein solcher nicht zur Kondiktion des Besitzes befugt sei. Der Finder müsse jedoch auch in diesem Falle sich durch Herausgabe der Sache an den Verlierer befreien können, sofern er annehmen konnte, daß das Besitzdienerverhältnis des Verlierers zur Zeit der Herausgabe noch bestand, während der Finder, falls er letzteres nicht annehmen konnte und dennoch an den Verlierer herausgebe, sich der Begünstigung schuldig mache und deshalb durch die Herausgabe ebensowenig befreit werden könne wie der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber durch die Leistung an einen Inhaber, von dem er weiß, daß dieser das Papier durch eine strafbare Handlung erlangt hat. Auf Grund dieser Erwägungen beschloß die Kommission die Aufnahme des Satzes, daß der Finder sich durch Herausgabe der Sache an den Verlierer befreien könne.

§. 970. Macht der Finder zum Zwecke der Verwahrung oder Erhaltung der Sache oder zum Zwecke der Ermittelung eines Empfangsberechtigten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so kann er von dem Empfangsberechtigten Ersatz verlangen.

---

2. Bedeutung. Die dargelegte Entstehung des § 969 ergibt, daß die zweite Kommission der Vorschrift nur für den Fall des Verlustes durch einen Besitzdiener (§ 855) selbständige Bedeutung beimaß. In der Tat folgt schon aus § 428, daß der Finder, falls ihm mehrere Empfangsberechtigte, d. h. mehrere Personen, die von ihm die Herausgabe der Sache verlangen können, gegenüberstehen, durch die Herausgabe an eine dieser Personen befreit wird. Der Besitzdiener gehört nun aber nicht zu den Empfangsberechtigten in dem bezeichneten Sinne. Es fragt sich, ob und wann ein Besitzdiener als „Verlierer“ im Sinne des § 969 anzusehen ist, m. a. W. der Finder sich durch Herausgabe der Sache an ihn befreien kann. Die Entscheidung wird nicht davon abhängig gemacht werden können, ob der Finder zur Zeit der Ablieferung das Fortbestehen des Besitzdienerverhältnisses annehmen konnte oder nicht. Ist der Besitzdiener, dem die ihm anvertraute Sache verloren geht, „Verlierer“ im Sinne des Gesetzes, so kann die nachträgliche Aufhebung seines Verhältnisses zum Besitzherrn hieran nichts ändern. Man wird aber trotz der abweichenden Ausführungen der zweiten Kommission annehmen müssen, daß ein Besitzdiener als solcher niemals Verlierer im Sinne des § 969 ist. Indem das Gesetz den Verlierer den sonstigen Empfangsberechtigten gegenüberstellt, kennzeichnet es auch ihn als Empfangsberechtigten. Im Falle des Verlustes durch einen Besitzdiener ist aber nicht dieser, sondern nur der Besitzherr befugt, die Herausgabe der Sache vom Finder zu verlangen. Der Finder wird also nur durch die Herausgabe an den Besitzherrn befreit. Indessen kann die Herausgabe, d. h. die Wiedereinräumung des unmittelbaren Besitzes, an den Besitzherrn, solange das Besitzdienerverhältnis fortbesteht, auch durch Ausantwortung der Sache an den Besitzdiener erfolgen, weil durch diese der Besitzherr den Besitz erwirbt. Der Finder wird hiernach durch die Herausgabe an den Besitzdiener nur befreit, wenn das Besitzdienerverhältnis zur Zeit der Herausgabe noch besteht. Dieses Ergebnis erscheint praktisch unbedenklich. Denn abgesehen davon, daß der Finder in zweifelhaften Fällen die Ablieferung an die Polizeibehörde wählen kann, hat die Herausgabe an eine nicht empfangsberechtigte Person nur die Wirkung, daß die Empfangsberechtigten von dem Finder Schadensersatz verlangen können, wenn ihm ein vertretbares Verschulden zur Last fällt. Der Finder hat aber auch bei der Erfüllung der Herausgabepflicht oder bei der Prüfung der Empfangsberechtigung nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (ebenso Biermann Erl. zu § 969).

Ist eine gestohlene Sache vom Diebe weggeworfen, so ist der Eigentümer der Verlierer; hat der Dieb die Sache verloren, so ist er der Verlierer, der Finder wird also von seinen Verpflichtungen aus dem Funde durch die Herausgabe an ihn befreit, unbeschadet des etwaigen Schadensersatzanspruchs, der dem Eigentümer zusteht, wenn sich der Finder durch die Herausgabe an den Dieb einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat.

Ist eine Sache von einem den mittelbaren Besitz eines anderen vermittelnden unmittelbaren Besitzer weggeworfen, so ist der bisherige mittelbare Besitzer der Verlierer im Sinne des § 969.

§ 970.

E. I § 914 Nr. 1; II § 885 rev. § 955; III § 954. P. I S. 4116 ff., 6222, 6229; M. III S. 380. P. II Bd. 3 S. 261 f. D. S. 664. KB. S. 2001.

1. Der § 970 gibt dem Finder in gleichem Umfang einen Ersatzanspruch wegen Aufwendungen wie der § 683 Satz 2 in Verbindung mit § 670 dem Geschäftsführer ohne Auftrag für den Fall, daß die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt.

a) **Voraussetzung des Ersatzanspruchs** ist, daß der Finder die Aufwendungen zu einem der im § 970 bezeichneten Zwecke gemacht hat und daß er sie unter den obwaltenden Umständen nach vernünftigem Ermessen für erforderlich halten durfte. Wegen der Verzinsung vgl. § 256.

b) **Ersatzpflichtig** ist jeder Empfangsberechtigte, und zwar bezüglich aller vorbezeichneten Aufwendungen, auch soweit sie zum Zwecke der Ermittelung eines anderen Empfangsberechtigten gemacht sind, jedoch nur, wenn er die Sache wiedererlangt oder die Aufwendungen genehmigt (§ 972 verb. mit § 1001).

§. 971. Der Finder kann von dem Empfangsberechtigten einen Finderlohn verlangen. Der Finderlohn beträgt von dem Werthe der Sache bis zu dreihundert Mark fünf vom Hundert, von dem Mehrwerth eins vom Hundert, bei Thieren eins vom Hundert. Hat die Sache nur für den Empfangsberechtigten einen Werth, so ist der Finderlohn nach billigem Ermessen zu bestimmen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt oder den Fund auf Nachfrage verheimlicht.

---

2. Der E. I § 917 erklärte die für die Aufwendungen des Finders geltenden Vorschriften auf die gleichartigen **Aufwendungen der Polizeibehörde** für entsprechend anwendbar. Bei der zweiten Lesung ist diese Bestimmung gestrichen, weil es der Stellung der Polizeibehörde nicht entspreche, wenn ihr wegen ihrer Auslagen ein privatrechtlicher Anspruch gegeben werde (P. II Bd. 3 S. 271). Die Frage ist somit als eine öffentlichrechtliche der landesrechtlichen Regelung vorbehalten.

§ 971.

E. I § 914 Nr. 2, § 921 Abs. 2; II § 886 rev. § 956; III § 955. P. I S. 4116 ff., 4133 f., 6222 f., 6229; M. III S. 380 f., 386. P. II Bd. 3 S. 261 ff., 264. D. S. 664 f.

1. **Das Institut** des nach Bruchteilen des Wertes der verlornen Sache fest bestimmten **Finderlohns** hat das BGB. trotz der dagegen geltend zu machenden theoretischen Bedenken aus dem preußischen und sächsischen Rechte übernommen, weil es im größten Teile Deutschlands der Volksanschauung entspricht, die Fürsorge für fremdes verlorenes Gut zu befördern sowie von Unterschlagungen abzuhalten geeignet ist und durch die feste Bestimmung des Betrags Zweifel und Streitigkeiten abschneidet.

2. Abs. 1. a) **Voraussetzung des Anspruchs** auf den Finderlohn ist lediglich die Tatsache **des Fundes**. Ob und inwieweit der Finder für die Verwahrung und Erhaltung der Sache und für die Ermittelung der Empfangsberechtigten besondere Mühe aufgewendet hat, ist gleichgültig; denn der Finderlohn ist nicht nur Entgelt für die Dienste, sondern Belohnung für die Ehrlichkeit des Finders, und der Wert, den die Wiedererlangung der Sache für den Empfangsberechtigten hat, ist von der größeren oder geringeren Mühewaltung des Finders unabhängig.

b) **Der Anspruch** steht dem Finder **gegen jeden Empfangsberechtigten** zu, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der letztere die Sache wiedererlangt (§ 972 verb. mit § 1001)

c) **Der Betrag des Finderlohns** bemißt sich nach dem Werte der Sache zur Zeit der Herausgabe an den Empfangsberechtigten (ebenso Biermann; Leske S. 425; a. A. Delius S. 339, der die Zeit des Fundes entscheiden lassen will) und, wenn der Versteigerungserlös herausgegeben wird, nach diesem. Von dem Werte sind die dem Finder zu ersetzenden Aufwendungen nicht in Abzug zu bringen (anders nach dem E. I). Der Finderlohn ist nach den im Abs. 1 Satz 2 bestimmten Hundertsteln des Wertes ohne Abrundung zu berechnen; er beläuft sich also z. B. bei einem Werte von 670 M. auf $3 \times 5 + 3{,}7 \times 1 = 18{,}70$ M. Der niedrigere Hundertstelsatz bei Tieren (vgl. ALR. I, 9 § 66) trägt den ländlichen Verhältnissen Rechnung, in denen Vieh sich nicht selten verliert, die Mühe des Finders nur gering ist und der Empfangsberechtigte durch einen höheren Finderlohn zu sehr belastet werden würde.

Bei verlorenen Sachen, die nur für den Empfangsberechtigten Wert haben, z. B. Privatbriefen, Ausweispapieren zc., bleibt die Bestimmung des Finderlohns dem billigen Ermessen des Gerichts, nicht etwa eines Beteiligten (vgl. § 315), überlassen.

3. Abs. 2. **Der Anspruch** auf Finderlohn **ist ausgeschlossen:**

a) **wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt,** also den Fund nicht ohne schuldhaftes Zögern, d. h. aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig, falls ihm Empfangsberechtigte nach Person und Aufenthalt bekannt sind, einem von ihnen, andernfalls bei Sachen im Werte von mehr als drei Mark der Polizeibehörde anzeigt;

b) **wenn der Finder** bei Sachen, die nicht mehr als drei Mark wert sind, **den Fund auf Nachfrage verheimlicht,** und zwar gegenüber einem zur Nachfrage Berechtigten, d. h. der Polizeibehörde oder einem Empfangsberechtigten (vgl. Rspr. 4 S. 332, wonach es genügen soll, wenn sich der Nachfragende durch Bezugnahme auf die Verlusttatsache ausweist). Für Sachen von höherem Werte kommt dieser zweite Ausschließungsgrund, der in dem sachlich gebilligten § 921

§. 972. Auf die in den §§. 970, 971 bestimmten Ansprüche finden die für die Ansprüche des Besitzers gegen den Eigenthümer wegen Verwendungen geltenden Vorschriften der §§. 1000 bis 1002 entsprechende Anwendung.

§. 973. Mit dem Ablauf eines Jahres nach der Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde erwirbt der Finder das Eigenthum an der Sache, es sei denn, daß vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat. Mit dem Erwerbe des Eigenthums erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache.

Ist die Sache nicht mehr als drei Mark werth, so beginnt die einjährige Frist mit dem Funde. Der Finder erwirbt das Eigenthum nicht, wenn er den Fund auf Nachfrage verheimlicht. Die Anmeldung eines Rechtes bei der Polizeibehörde steht dem Erwerbe des Eigenthums nicht entgegen.

Abs. 2 des E. I ausdrücklich nur für die geringwertigen Sachen bestimmt war, deshalb nicht in Betracht, weil nach vorschriftsmäßig erfolgter Anzeige die Nichtangabe des Fundes auf Nachfrage nicht mehr als Verheimlichung gelten kann, während die Verheimlichung des Fundes auf eine Nachfrage, die vor Erstattung der Anzeige erfolgt, zugleich eine Verletzung der Anzeigepflicht enthält.

§ 972.

E. I § 915; II § 887 rev. § 957; III § 956. P. I S. 4120 ff., 6222 f., 6229, 11961 ff.; M. III S. 379 f. P. II Bd. 3 S. 264 ff.; Bd. 6 S. 236. D. S. 664.

Die entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 1000—1002 ergibt folgendes:

1. Der Finder hat wegen der Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen und auf Finderlohn **das Zurückbehaltungsrecht (§ 1000 Satz 1).** Vgl. § 273 Abs. 3, § 274. Die Vorschrift des § 1000 Satz 2 kommt hier nicht in Betracht.

2. **Im Wege der Klage kann der Finder die Ansprüche nur geltend machen:**

a) wenn der Empfangsberechtigte die Sache wiedererlangt, sei es durch Herausgabe seitens des Finders, mag sie auch ohne Vorbehalt der Ansprüche erfolgt sein, sei es auf andere Weise; der Empfangsberechtigte kann sich jedoch durch Rückgabe der Sache an den Finder von den Ansprüchen befreien, sofern nicht entweder der Finder sich vor der Herausgabe der Sache die Ansprüche unter Angabe des Betrags vorbehalten und der Empfangsberechtigte die Sache angenommen oder letzterer sonstwie die Aufwendungen des Finders und den Finderlohn genehmigt hat; die Rückgabe enthält keinen Verzicht auf das Recht des Empfangsberechtigten;

b) wenn der Empfangsberechtigte, ohne die Sache wiedererlangt zu haben, die Aufwendungen des Finders und den Finderlohn genehmigt hat **(§ 1001).**

3. Gibt der Finder die Sache einem Empfangsberechtigten heraus, so **erlöschen seine Ansprüche** mit dem Ablauf eines Monats nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Empfangsberechtigte die Aufwendungen des Finders und den Finderlohn, insbesondere durch Annahme der unter Vorbehalt der Ansprüche angebotenen Sache, genehmigt hat **(§ 1002).**

§ 973.

E. I § 918, § 919 Abs. 1, §§ 920, 921; II § 888 rev. § 958; III § 957. P. I S. 4095 ff., 4120, 4122 ff., 4131, 4133 f., 6222 f., 6229, 6264, 6270, 6274, 11961 ff.; M. III S. 382 ff. P. II Bd. 3 S. 271 f. D. S. 664.

Die §§ 973, 974 regeln den Eigentumserwerb des Finders, und zwar **der § 973 für den Fall,** daß kein Empfangsberechtigter rechtzeitig dem Finder bekannt geworden ist oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat, der § 974 für den entgegengesetzten Fall. **Im Falle des § 973 sind**

1. die Voraussetzungen des Eigentumserwerbes

a) bei Sachen im Werte von mehr als drei Mark:

α) **Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde.** Es kann zweifelhaft sein, ob hier eine der Vorschrift des § 965 Abs. 2 Satz 1 entsprechende Anzeige erforderlich ist. Für die Bejahung der Frage läßt sich folgendes geltend machen: Der von der zweiten Kommission angenommene

Antrag setzte ausdrücklich eine nach Maßgabe des § 910 (= des jetzigen § 965) gemachte Anzeige voraus. Ebenso schloß schon der E. I § 920 den Eigentumserwerb des Finders bei Verletzung der im § 910 bezeichneten Anzeigepflicht aus (vgl. M. III S. 385). Dazu kommt, daß bei geringwertigen Sachen der § 973 Abs. 2 Satz 2 an die Verheimlichung des Fundes auf Nachfrage gleichfalls die Ausschließung des Eigentumserwerbes knüpft, einer solchen Verheimlichung aber bei Sachen von höherem Werte die Verletzung der Anzeigepflicht sonst gleichgestellt ist (§ 971 Abs. 2). Trotz dieser Gründe wird man jedoch der Ansicht den Vorzug geben müssen, daß jede Anzeige bei der Polizeibehörde, also auch eine verspätete oder unvollständige, genügt, um die im § 973 Abs. 1 bestimmte Frist in Lauf zu setzen. Der Wortlaut des Gesetzes steht dieser Auslegung nicht entgegen. Sie vermeidet die bedenkliche Folgerung, daß jede schuldhafte Verzögerung der vorgeschriebenen Anzeige die mit den §§ 973, 974 bezweckte Neuregelung des Eigentums an der Sache ausschließt. Vor allem aber muß die im § 973 bestimmte Frist, wie in der Erl. 1 zu § 974 darzulegen ist, auch im Falle des § 965 Abs. 1, in welchem eine Verpflichtung zur Anzeige bei der Polizeibehörde überhaupt nicht besteht, durch eine solche Anzeige in Lauf gesetzt werden können (ebenso Biermann Erl. 2 zu § 973).

β) **Ablauf eines Jahres nach der erfolgten Anzeige.** Für die Berechnung gelten die Vorschriften des § 187 Abs. 1 und des § 188 Abs. 2. Daß die Polizeibehörde den Fund nach den für sie maßgebenden Dienstvorschriften bekannt gemacht hat, ist zum Eigentumserwerbe nicht erforderlich.

γ) **Es muß bis zum Ablaufe der einjährigen Frist ein Empfangsberechtigter weder dem Finder bekannt geworden sein noch sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet haben.** Daß dem Finder auch der Aufenthalt des Empfangsberechtigten bekannt geworden ist, ist nicht erforderlich. Ein Empfangsberechtigter ist aber erst dann dem Finder bekannt geworden, wenn sein Recht dem Finder dargetan ist; bloße Behauptung der Empfangsberechtigung genügt an sich nicht (M. III S. 385), auch der notwendige Nachweis muß vor dem Ablaufe der Frist dem Finder geführt sein. Dagegen genügt bloße Anmeldung des Rechtes bei der Polizeibehörde, ohne daß es einer Glaubhaftmachung bedarf. Das Landesrecht kann die örtliche Zuständigkeit für die Entgegennahme der Anmeldungen beschränken, z. B. auf die Polizeibehörde des angegebenen Verlustorts. Indessen ist die hier bestimmte materielle Wirkung der Anmeldung von der örtlichen Zuständigkeit der angegangenen Polizeibehörde nicht abhängig. Die rechtzeitige Erlangung der Kenntnis seitens des Finders oder die rechtzeitige Anmeldung des Rechtes hat der Empfangsberechtigte zu beweisen.

b) bei Sachen im Werte von nicht mehr als drei Mark:

α) **Ablauf eines Jahres seit dem Funde.** Vgl. im übrigen unter a *β*.

β) **Es muß bis zum Ablaufe des Jahres dem Finder kein Empfangsberechtigter bekannt geworden sein** (a. A. Kober Erl. 2a zu § 973). Daß Kenntnis des Finders von dem Rechte eines Empfangsberechtigten auch bei geringwertigen Sachen den Eigentumserwerb des Finders ausschließt, ergibt sich aus dem Zusammenhange des Abs. 2 mit dem Abs. 1 des § 973; danach gelten auch für solche Sachen die Vorschriften des Abs. 1, soweit nicht der Abs. 2 Abweichungen bestimmt, was in der hier fraglichen Beziehung nicht der Fall ist (a. A. Leske S. 426, Delius S. 339). Bezüglich des Sinnes der Vorschrift und der Beweislast gilt das unter a *γ* Bemerkte.

Dagegen schließt die Anmeldung des Rechtes eines Empfangsberechtigten bei der Polizeibehörde für sich allein bei geringwertigen Sachen den Eigentumserwerb des Finders nicht aus (Abs. 2 Satz 3). Die Polizeibehörde wird den Anmeldenden hierauf hinzuweisen haben.

γ) **Als weitere negative Voraussetzung tritt hier hinzu, daß der Finder den Fund nicht auf Nachfrage verheimlicht** hat (Abs. 2 Satz 2; vgl. Erl. 5b zu § 971). Die Nachfrage und die Verheimlichung hat der Gegner des Finders zu beweisen.

2. Sind die unter 1a und b erörterten Voraussetzungen erfüllt, so **erwirbt der Finder kraft Gesetzes das Eigentum** an der Sache oder im Falle des § 966 Abs. 2 an dem Versteigerungserlös, und zwar allein, mit Ausschluß einer Beteiligung des Staates oder der Gemeinde, und ex nunc (a. A. Kober Erl. 3c zu § 973, Dernburg Bd. 3 § 116; Biermann Erl. 5 zu § 973). Zugleich erlischt nicht nur das bisherige Eigentum, sondern auch jedes sonstige Recht an der Sache (Nießbrauch, Pfandrecht). Die Herausgabe kann von dem Finder auch nicht mehr auf Grund des § 1007 verlangt werden, wohl aber auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung nach Maßgabe des § 977.

§. 974. Sind vor dem Ablaufe der einjährigen Frist Empfangsberechtigte dem Finder bekannt geworden oder haben sie bei einer Sache, die mehr als drei Mark werth ist, ihre Rechte bei der Polizeibehörde rechtzeitig angemeldet, so kann der Finder die Empfangsberechtigten nach den Vorschriften des §. 1003 zur Erklärung über die ihm nach den §§. 970 bis 972 zustehenden Ansprüche auffordern. Mit dem Ablaufe der für die Erklärung bestimmten Frist erwirbt der Finder das Eigenthum und erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache, wenn nicht die Empfangsberechtigten sich rechtzeitig zu der Befriedigung der Ansprüche bereit erklären.

---

3. **Der Finder erwirbt das Eigentum nicht**, wenn er vor dem Eintritte der Voraussetzungen des Eigentumserwerbes der Polizeibehörde gegenüber **auf das Recht zum Eigentumserwerbe verzichtet** hat (§ 976 Abs. 1).

4. **Das Recht des Finders zum Eigentumserwerb ist vererblich und** durch formlosen **Vertrag übertragbar** (§ 413).

§ 974.

E. I § 919 Abs. 2; II § 889 rev. § 959; III § 958. P. I S. 4120, 4122f., 4127f., 6222, 6229, 11961; M. III S. 384f. P. II Bd. 3 S. 268ff.; Bd. 6 S. 236. D. S. 665.

1. **Der § 974 regelt den Eigentumserwerb des Finders für den Fall**, daß vor dem Ablaufe der im § 973 bestimmten einjährigen Frist Empfangsberechtigte dem Finder bekannt geworden oder bei Sachen im Werte von mehr als drei Mark ihre Rechte bei der Polizeibehörde angemeldet haben. Wann dieser Fall vorliegt, ist in der Erl. 1 a γ zu § 973 dargelegt. Hier ist nur noch hervorzuheben, daß der Fall auch dann als gegeben angesehen werden muß, wenn der Finder von vornherein einen Empfangsberechtigten nach Person und Aufenthalt kennt und daher nach § 965 zur Anzeige bei der Polizeibehörde nicht verpflichtet ist, dennoch aber diese Anzeige gemacht hat. Denn der § 974 soll eine endgültige Neuregelung des Eigentums an der Sache für den Fall ermöglichen, daß dem Finder ein bekannter Empfangsberechtigter gegenübersteht, der die Abnahme der Sache gegen Befriedigung des Finders verweigert. Das Bedürfnis für solche Neuregelung besteht aber auch dann, wenn der Finder von vornherein einen Empfangsberechtigten kennt. Das Gesetz würde also, wenn der letztere Fall nicht unter den § 974 zu bringen wäre, eine Lücke enthalten. Der Wortlaut des § 974 schließt den in Rede stehenden Fall nicht aus, wenn man davon ausgeht, daß auch eine nach § 965 nicht erforderliche, aber freiwillig gemachte Anzeige bei der Polizeibehörde die im § 974 vorausgesetzte Frist in Lauf setzt. Für die hier vertretene Auffassung spricht endlich auch der dem § 974 zugrunde liegende Beschluß der zweiten Kommission, demzufolge in allen Fällen der Herausgabeanspruch eines Empfangsberechtigten erlöschen sollte, sofern dieser die Abnahme der Sache gegen Befriedigung des Finders verweigert.

2. **Die Voraussetzungen des Eigentumserwerbes sind im Falle des § 974 folgende:**

a) Der Finder muß jeden Empfangsberechtigten, der ihm rechtzeitig bekannt geworden ist oder sein Recht rechtzeitig angemeldet hat, unter Angabe des von ihm als Ersatz für Aufwendungen und als Finderlohn verlangten Betrags **auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist zur Befriedigung seiner Ansprüche bereit zu erklären.**

Auch ein Empfangsberechtigter, der die Sache schon dem Finder gemäß § 972, § 1001 Satz 2 zurückgegeben hat, um sich von den Ansprüchen des Finders zu befreien, ist, da er als auf sein Recht verzichtend nicht anzusehen ist, nach § 974 zur Erklärung aufzufordern.

Die Aufforderung hat der Finder zu beweisen.

Über die Angemessenheit der vom Finder bestimmten Frist entscheidet bei späterem Streite das Gericht. Die Frist darf keinesfalls so kurz bemessen werden, daß sie vor der mit der Anzeige bei der Polizeibehörde beginnenden Jahresfrist endigt. Denn nach § 974 Satz 2 soll der Eigentumserwerb des Finders mit dem Ablaufe der von diesem bestimmten Frist eintreten, nach § 973 aber kann der Eigentumserwerb niemals vor dem Ablaufe der dort bestimmten gesetzlichen Frist sich vollenden.

b) Nach der Aufforderung des Finders an den Empfangsberechtigten **muß ferner die vom Finder bestimmte angemessene Frist verstrichen sein**, ohne daß sich der Empfangsberechtigte zur Befriedigung der Ansprüche des Finders bereit erklärt hat; falls aber der Empfangsberechtigte

§. 975. Durch die Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde werden die Rechte des Finders nicht berührt. Läßt die Polizeibehörde die Sache versteigern, so tritt der Erlös an die Stelle der Sache. Die Polizeibehörde darf die Sache oder den Erlös nur mit Zustimmung des Finders einem Empfangsberechtigten herausgeben.

---

vor dem Ablaufe der Frist die Ansprüche bestritten hat, so muß er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrags der Aufwendungen und des Finderlohns vom Finder unter Bestimmung einer neuen angemessenen Frist zur Erklärung darüber, ob er nunmehr zur Befriedigung der Ansprüche des Finders bereit sei, aufgefordert und auch diese Frist ohne solche Bereiterklärung verstrichen sein (§ 974 verb. mit § 1003; a. A. Kober Erl. 1 c zu § 974 und Endemann Bd. 2 S. 345 § 87 Anm. 18, die annehmen, daß, wenn der Empfangsberechtigte nur den Betrag der Ansprüche des Finders bestreite, dies als eine Bereiterklärung gelten müsse, wenn er dagegen die Ansprüche schlechtweg bestreite, der Finder ohne neue Fristsetzung das Eigentum mit dem Ablaufe der ersten Frist erwerbe). Die im Falle des Bestreitens vorausgesetzte rechtskräftige Feststellung der Ansprüche des Finders kann nach § 322 der CPO. nur auf die Klage oder Widerklage des Finders erfolgen; eine Klage des Finders auf Zahlung ist nur dann zulässig, wenn der Empfangsberechtigte die Sache bereits wiedererlangt hat (Erl. 2 a zu § 972); andernfalls kann der Finder nur Klage und gegenüber der Klage des Empfangsberechtigten auf Herausgabe der Sache Widerklage auf Feststellung seines Rechtes erheben, nach Herausgabe der Sache an den Empfangsberechtigten Zahlung des bestimmten Betrags verlangen. Daß der Empfangsberechtigte sich rechtzeitig zur Befriedigung des Finders bereit erklärt hat, muß er beweisen. Sind mehrere Berechtigte, z. B. der Pfandgläubiger und der Eigentümer, zur Erklärung, aufgefordert und erklärt sich auch nur einer rechtzeitig bereit, so erhält er auch den übrigen Berechtigten ihre Rechte an der Sache. Der Finder kann dann gegen den Berechtigten, der sich zu seiner Befriedigung bereit erklärt hat, auf Grund dieser Erklärung seine Ansprüche nach §§ 972, 1001 geltend machen, und damit ist der Zweck der Vorschriften des § 974 erreicht. Dem bloßen Schweigen eines Empfangsberechtigten auf die Aufforderung des Finders ist nicht die Bedeutung eines Verzichts des ersteren auf sein Recht beigelegt.

3. Sind die unter 2 erwähnten Voraussetzungen erfüllt, so treten die gleichen Wirkungen ein wie im Falle des § 973 (Erl. 2 zu § 973).

§ 975.

E. I §§ 913, 916; II § 890 rev. § 960; III § 959. P. I S. 4107 ff., 4122; M. III S. 378, 381. P. II Bd. 3 S. 261, 271. D. S. 665.

1. Der Satz 1 stellt außer Zweifel, daß die im § 967 vorgesehene Ablieferung der Sache an die Polizeibehörde, wenn sie freiwillig geschieht, nicht als Verzicht des Finders auf seine Rechte, wenn sie auf Anordnung erfolgt, nicht als Entziehung dieser Rechte anzusehen ist. Die Vorschrift gilt sowohl für die in den §§ 971, 972 bestimmten Ansprüche des Finders als auch für dessen Recht zum Eigentumserwerbe.

2. Der Satz 2 geht davon aus, daß die Polizeibehörde die an sie abgelieferten Sachen unter Umständen versteigern lassen kann. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Behörde zur Versteigerung befugt oder auch verpflichtet ist, wurde, als das öffentliche Recht berührend, der landesgesetzlichen Regelung vorbehalten. Die Befugnis zur Versteigerung wird auch ohne landesgesetzliche Ermächtigung jedenfalls unter den Voraussetzungen des § 966 Abs. 2 anzunehmen sein. Die Art der Versteigerung unterliegt hier gleichfalls landesrechtlicher Bestimmung; öffentliche Versteigerung nach § 383 Abs. 3 Satz 1 ist nicht vorgeschrieben.

Die Vorschrift des Satz 2 stimmt im übrigen mit § 966 Abs. 2 Satz 3 überein (vgl. Erl. 2 a. E. zu § 966).

3. Der Satz 3 dient zum Ersatze des Zurückbehaltungsrechts, das dem Finder nach §§ 972, 1001 wegen der in den §§ 970, 971 bestimmten Ansprüche zusteht, solange sich die Sache in seinem Besitze befindet. Ob der Finder bei der Ablieferung solche Ansprüche angemeldet oder sich vorbehalten hat, ist gleichgültig. Die Vorschrift begründet eine Amtspflicht, deren Verletzung den schuldigen Beamten nach § 839 zum Schadensersatze verpflichtet. Die Zustimmung des Finders fällt nicht unter die Vorschriften der §§ 182, 183. Sie muß der Polizeibehörde nachgewiesen werden. Ersetzt wird sie durch ein rechtskräftiges Urteil, durch welches der Finder

§. 976. Verzichtet der Finder der Polizeibehörde gegenüber auf das Recht zum Erwerbe des Eigenthums an der Sache, so geht sein Recht auf die Gemeinde des Fundorts über.

Hat der Finder nach der Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde auf Grund der Vorschriften der §§. 973, 974 das Eigenthum erworben, so geht es auf die Gemeinde des Fundorts über, wenn nicht der Finder vor dem Ablauf einer ihm von der Polizeibehörde bestimmten Frist die Herausgabe verlangt.

---

zur Erteilung der Zustimmung zur Herausgabe an den Empfangsberechtigten (CPO. § 894) oder auch zur Herausgabe selbst verurteilt wird. Die Gleichstellung von Urteilen der letzteren Art ist sachlich unbedenklich und für den Fall von Bedeutung, daß der Finder die Sache an die Polizeibehörde zu einer Zeit abgeliefert hat, zu welcher der Kläger nicht mehr statt der zunächst verlangten Verurteilung zur Herausgabe die Verurteilung zur Zustimmung erzielen konnte.

4. **Unter welchen Voraussetzungen die Polizeibehörde die an sie abgelieferte Sache wieder an den Finder als den neuen Eigentümer herausgeben darf,** ist im BGB. nicht bestimmt. Keinesfalls aber kann die Herausgabe von dem Nachweis aller in den §§ 973, 974 bestimmten positiven und negativen Voraussetzungen des Eigentumserwerbes abhängig gemacht werden. Dies war unzweifelhaft der Standpunkt des E. I, welcher den Eigentumserwerb des Finders an die Erteilung eines polizeilichen Zeugnisses knüpfte, die Erteilung aber nicht von der Erfüllung sämtlicher Erfordernisse des Eigentumserwerbes, sondern nur von bestimmten, der Polizeibehörde erkennbaren Voraussetzungen abhängig machte. In demselben Sinne müssen die Vorschriften der §§ 973, 974 verstanden werden, wenn anders man nicht eine gesetzliche Regelung unterstellen will, welche die Herausgabe der Sache seitens der Polizeibehörde an den Finder der Regel nach ausschließen würde. Die nähere Bestimmung der Voraussetzungen für die Herausgabe an den Finder ist Sache des Landesrechts.

§ 976.

E. I § 923 Abs. 1; II § 891 rev. § 961; III § 960. P. I S. 4109, 4129, 6223, 6230, 11965; M. III S. 386. P. II Bd. 3 S. 272f. D. S. 665.

Nach § 976 tritt in folgenden zwei Fällen in bezug auf den Erwerb des Eigentums an der Sache oder dem Versteigerungserlöse (§ 966 Abs. 2 Satz 3, § 975 Satz 2) **an die Stelle des Finders die Gemeinde des Fundorts,** d. h. des Ortes, wo der Fund durch Besitzergreifung vollendet ist:

1. **wenn der Finder auf das Recht zum Eigentumserwerbe verzichtet (Abs. 1).** Der Verzicht muß der Polizeibehörde, d. h. einer beliebigen sachlich zuständigen Polizeibehörde gegenüber, erklärt werden; einer bestimmten Form bedarf die Erklärung nicht. Der Verzicht wird regelmäßig nur erfolgen, wenn der Finder die Sache an die Polizeibehörde abliefert; in diesem Falle empfiehlt sich die Befragung des Finders über den Verzicht, weil dadurch die spätere Entscheidung, an wen die Sache von der Polizeibehörde herauszugeben ist, erleichtert wird.

Die Wirkung des Verzichts ist die, daß „sein Recht", d. h. das Recht des Finders zum Erwerbe des Eigentums, auf die Gemeinde des Fundorts übergeht. Ist zur Zeit des Verzichts ein solches Recht des Finders bereits ausgeschlossen, sei es durch Verheimlichung des Fundes auf Nachfrage (§ 973 Abs. 2 Satz 2), sei es dadurch, daß ein Empfangsberechtigter sich rechtzeitig zur Befriedigung des Finders bereit erklärt hat (§ 974 Satz 2), so ist der Verzicht des Finders wirkungslos. Andernfalls tritt die Gemeinde des Fundorts in die zur Zeit des Verzichts begründete Rechtslage des Finders ein. Ist also namentlich dem Finder schon vor dieser Zeit ein Empfangsberechtigter bekannt geworden oder wird dem Vorstande der Gemeinde ein solcher nachher bekannt, so kann die Gemeinde nur nach Maßgabe des § 974 Eigentum erwerben. Bezüglich der Herausgabe der Sache seitens der Polizeibehörde an die Gemeinde gilt das in der Erl. 4 zu § 975 Bemerkte.

Einen Verzicht auf die in den §§ 970, 971 bestimmten Ansprüche des Finders schließt der hier in Rede stehende Verzicht nicht in sich. Doch erscheint es gerechtfertigt, wenn der Finder die Sache an die Polizeibehörde abliefert und den Verzicht erklärt, ohne sich dabei seine Ansprüche wegen Aufwendungen und Finderlohn vorzubehalten, hierin die stillschweigende Zustimmung des Finders zur Herausgabe der Sache an die Empfangsberechtigten zu erblicken.

§. 977. Wer in Folge der Vorschriften der §§. 973, 974, 976 einen Rechtsverlust erleidet, kann in den Fällen der §§. 973, 974 von dem Finder, in den Fällen des §. 976 von der Gemeinde des Fundorts die Herausgabe des durch die Rechtsänderung Erlangten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Anspruch erlischt mit dem Ablaufe von drei Jahren nach dem Uebergange des Eigenthums auf den Finder oder die Gemeinde, wenn nicht die gerichtliche Geltendmachung vorher erfolgt.

---

2. **Hat der Finder die Sache** (oder den Erlös) **an die Polizeibehörde abgeliefert, auch bereits nach den §§ 973, 974 das Eigentum erworben, verlangt aber bis zum Ablauf einer von der Polizeibehörde bestimmten Frist nicht die Herausgabe der Sache,** so geht mit dem Ablaufe der Frist das Eigentum auf die Gemeinde des Fundortes über (Abs. 2). Die Frist ist nach den §§ 187 ff. zu berechnen, wenngleich sie weder durch Gesetz, noch durch gerichtliche Verfügung noch durch Rechtsgeschäft bestimmt ist. Ihre Angemessenheit unterliegt nicht der Nachprüfung des Gerichts. Die Wirksamkeit der Fristsetzung kann aus den in der Erl. 4 zu § 975 dargelegten Gründen nicht davon abhängig gemacht werden, daß alle Voraussetzungen des Eigentumserwerbes des Finders vorher erfüllt sind; vielmehr muß die Polizeibehörde die Frist schon dann bestimmen können, wenn die ihr erkennbaren Voraussetzungen des Eigentumserwerbes (Ablauf der im § 973 bestimmten Frist und Nichtanmeldung von Rechten) gegeben sind.

Die Ansprüche des Finders wegen Aufwendungen und Finderlohn sind, soweit sie dem Finder gegen den Eigentümer zustanden, dadurch, daß der Finder selbst Eigentümer geworden ist, infolge der Vereinigung von Forderung und Schuld in derselben Person untergegangen. Zu der Annahme, daß die Ansprüche infolge des Überganges des Eigentums auf die Gemeinde wieder aufleben, dürfte es an einem genügenden Grunde fehlen.

3. Für die **Konsulargerichtsbezirke** vgl. § 35 des Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7. April 1900.

§ 977.

E. I § 922, § 923 Abs. 2; II § 892 rev. § 962; III § 961. P. I S. 4131 ff., 6223, 6229 f., 11961 ff.; M. III S. 386. P. II Bd. 3 S. 272. D. S. 665.

Ausgleichungsansprüche. Das praktische Bedürfnis nach baldiger Neuregelung des dinglichen Rechtszustandes tatsächlich herrenlos gewordener beweglicher Sachen steht der Gewährung persönlicher Ausgleichungsansprüche für die durch die Neuregelung Benachteiligten nicht im Wege. Der § 977 erkennt deshalb solche Ansprüche an.

1. **Ausgleichungsberechtigt** ist jeder, der infolge der Vorschriften der §§ 973, 974, 976 einen Rechtsverlust erleidet, also der bisherige Eigentümer und diejenigen, deren Rechte an der Sache erlöschen. Der E. I § 922 Abs. 1 Satz 2 versagte zwar ausdrücklich demjenigen den Ersatzanspruch, dessen Rechte nach dem § 919 Abs. 2 erloschen sind, und die zweite Kommission billigte diese Vorschrift sachlich und überließ es nur der Redaktionskommission, über einen Antrag, der den Satz als entbehrlich streichen wollte, zu befinden. Der angeführten Vorschrift des E. I entsprechend, müßte man annehmen, daß denjenigen Empfangsberechtigten ein Ersatzanspruch nicht gegeben sei, welche ihr Recht nach § 974 durch nichtrechtzeitige Erklärung auf die Aufforderung des Finders verloren haben (so Kober, Erl. 2 zu § 977; Delius S. 340). Indessen hat eine Ausnahme zu ungunsten dieser Personen im § 977 keinen Ausdruck gefunden (ebenso Endemann S. 345 Anm. 21, der jedoch die Regelung mißbilligt und ein Versehen der Redaktionskommission voraussetzt); sie wäre auch sachlich nicht gerechtfertigt, da im Falle des § 973 der Rechtsverlust ebenso eine Untätigkeit der Berechtigten zur Voraussetzung hat.

Nicht ersatzberechtigt ist dagegen im Falle des § 976 Abs. 2 der Finder selbst gegenüber der Gemeinde, wie sich schon daraus ergibt, daß nach der entgegengesetzten Ansicht der bisherige Eigentümer der Sache überhaupt nicht oder nur neben dem Finder Rückübertragung der Sache von der Gemeinde verlangen könnte.

2. **Ausgleichungspflichtig** ist der Finder oder die Gemeinde, je nachdem jener oder diese das Eigentum erworben hat, sowie nach Maßgabe des § 822 ein weiterer Erwerber der Sache.

3. **Der Anspruch bestimmt sich** nach den §§ 812, 818, 819.

4. **Die Geltendmachung des Anspruchs ist durch eine Ausschlußfrist beschränkt.** Diese beginnt mit dem Übergange des Eigentums auf den Finder (nach § 973 oder § 974) oder die

§. 978. Wer eine Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt findet und an sich nimmt, hat die Sache unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder an einen ihrer Angestellten abzuliefern. Die Vorschriften der §§. 965 bis 977 finden keine Anwendung.

Gemeinde (nach § 976 Abs. 1 oder Abs. 2) und berechnet sich nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2. Zur Wahrung der Frist genügt jede gerichtliche Geltendmachung des Ersatzanspruchs, durch Klagerhebung, Zustellung eines Zahlungsbefehls, Anmeldung im Konkurs oder Aufrechnung im Prozesse. Insoweit erscheint es gerechtfertigt, zur Erläuterung des Begriffes der gerichtlichen Geltendmachung die entsprechenden Vorschriften über die Verjährung heranzuziehen, und das gleiche gilt von den Bestimmungen, welche die Voraussetzungen betreffen, unter denen ein Akt der gerichtlichen Geltendmachung als nicht erfolgt gilt (§ 212 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 213 rc.). Dagegen ist es nach Lage des Gesetzes nicht angängig, auf die hier bestimmte Ausschlußfrist auch die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 über die Hemmung der Verjährung und die der §§ 222, 223 über die Wirkung der Verjährung zu übertragen, wie Wendt im Arch. f. civ. Pr. 92 S. 170ff. befürwortet (vgl. Bd. I S. 326 Erl. 2 zu § 186 und S. 332 Vorbm. 2).

§§ 978—982.

Die §§ 978—982 treffen für gewisse Funde Sonderbestimmungen, welche die Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 965—977 ausschließen (§ 978 Satz 2). Für die Abgrenzung ihres Anwendungsgebiets ist der Fundort entscheidend. Der Fund muß in den Geschäftsräumen oder in den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt gemacht sein. Der Grund für die abweichende Behandlung solcher Funde liegt darin, daß der Fundort einer besonderen organisierten Aufsicht unterstellt ist, die alle dort befindlichen Sachen unter ihren Schutz nimmt. Dementsprechend wird einerseits dem Finder, unter Ausschluß der Anzeige- und Verwahrungspflicht (§§ 965, 966) und des Rechtes zur Ablieferung an die Polizeibehörde (§ 967) sowie der in den §§ 970, 971 bestimmten Ansprüche, lediglich die Pflicht zur Ablieferung der Sache an die Behörde, die Verkehrsanstalt oder einen Angestellten auferlegt (§ 978 Satz 1), anderseits ein Versteigerungsrecht der Behörde oder der Verkehrsanstalt anerkannt (§§ 979, 980) und das Recht auf den Erlös besonders geregelt (§ 981).

§ 978.

E. I § 924; II § 893 rev. § 963; III § 962. P. I S. 4139ff.; M. III S. 387f. P. II Bd. 3 S. 273. D. S. 665. KB. S. 2001.

Hilse, Z. f. Eisenbahnrecht 16 S. 165ff.; Schneickert, Über Fundrecht, Hirths Annalen 1904 S. 229ff., Eger, Fund in den Räumen oder Wagen der Eisenbahn, Z. f. Rechtspflege in Bayern 1 S. 139ff.

1. **Voraussetzung der §§ 978—982 ist, daß der Fund gemacht ist:**

a) in den Geschäftsräumen einer öffentlichen Behörde, d. h. einer Reichs-, Landes- oder Gemeindebehörde, mit Einschluß der Behörden anderer Kommunalverbände sowie der Schulgemeinden, der Kirchengemeinden und sonstigen kirchlichen Verbände; unter „Geschäftsräumen" werden alle Räume zu verstehen sein, die unmittelbar oder mittelbar zum Gebrauche der Behörde bestimmt sind, ohne Unterschied, ob sie dem Publikum zugänglich sind oder nicht (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 978), und ob sie im Eigentume des durch die Behörde vertretenen Verbandes stehen oder nicht, also namentlich die Dienstgebäude in allen ihren Teilen, ausgenommen die etwa darin befindlichen Dienstwohnungen, aber mit Einschluß der Höfe und Gärten, öffentliche Schulen, Krankenhäuser, Kunstsammlungen, Kasernen, Kirchen rc.;

b) in den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde, z. B. in den zur Beförderung von Kranken oder Gefangenen bestimmten Wagen;

c) in den Geschäftsräumen einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt. Dieser Begriff ist streitig. Der E. I § 924 sprach von einer „öffentlichen Verkehrsanstalt". Der von der ersten Kommission in diesem Punkte gebilligte Redaktorenentwurf erläuterte den Ausdruck durch die in Klammer beigefügten Worte „eines Eisenbahn-, Pferdebahn-, Dampfschiffahrts-Unternehmens und dergl." (P. I S. 4139). Ein Antrag, die Vorschrift auf Funde in den Geschäftsräumen einer öffentlichen Behörde und in den Betriebs-(Transport-)mitteln einer öffentlichen

Verkehrsanstalt zu beschränken, wurde nur deshalb abgelehnt, weil auch Behörden, welche nicht Verkehrsanstalten seien, nicht selten Transportmittel, und Verkehrsanstalten, die nicht Behörden seien, stets Geschäftsräume hielten (S. 4146), nicht etwa deshalb, weil als Verkehrsanstalten auch solche Anstalten in Betracht kämen, welche keine Transportmittel brauchen. Dieser Auffassung der ersten Kommission entspricht es nicht, wenn in den M. III S. 388 die Notwendigkeit, neben den Geschäftsräumen die Transportmittel nicht bloß in Beziehung auf Transportanstalten, sondern allgemein zu erwähnen, damit begründet ist, daß Transportmittel auch bei Behörden „und bei Anstalten, deren eigentlicher Zweck nicht im Transport besteht", vorkommen könnten. Man wird daher diese Bemerkung der Motive nicht für die Ansicht verwerten können, daß unter öffentlichen Verkehrsanstalten im Sinne des E. I auch Anstalten der dort zuletzt bezeichneten Art zu verstehen seien. Die zweite Kommission nahm den E. I § 924 sachlich an. Die Redaktionskommission ersetzte aber den zweideutigen Ausdruck „öffentliche" (Verkehrsanstalt) durch die Worte „dem öffentlichen Verkehre dienende". Wenn trotzdem daneben der Ausdruck „Verkehrsanstalt" beibehalten wurde, so konnte dieser scheinbare Pleonasmus nur den Zweck haben, einem Mißverständnisse vorzubeugen, welches bei Ersetzung des Wortes „Verkehrsanstalt" durch „Anstalt" nahe gelegen hätte, daß die Vorschrift nämlich über den E. I hinaus auf alle Anstalten, die in irgendeinem Sinne dem öffentlichen Verkehre dienen, habe ausgedehnt werden sollen. Auch im KB. S. 2001 ist nur von „Eisenbahnen und anderen Verkehrsanstalten" die Rede. Die Entstehungsgeschichte spricht hiernach dafür, daß unter den im § 978 erwähnten Verkehrsanstalten nur solche Anstalten zu verstehen sind, welche ihrer Bestimmung nach Beförderungsmittel verwenden, d. h. Transportanstalten. Diese Auslegung wird dadurch bestätigt, daß sich in den Nebengesetzen des BGB. der dem Worte „Verkehrsanstalt" unzweifelhaft gleichbedeutende Ausdruck „Verkehrsunternehmung" nur im Art. 125 des EG. in der Verbindung „Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen", die Worte „dem öffentlichen Verkehre dienend" nur im § 90 der GBO. und im § 473 des HGB. (vgl. §§ 453, 454) mit bezug auf ein Bahnunternehmen gebraucht finden und daß auch in der GewO. der Begriff des „öffentlichen Verkehrs" nur im § 37 vorkommt, welcher die Unterhaltung des öffentlichen Verkehrs innerhalb der Orte durch Wagen aller Art und andere Transportmittel ortspolizeilicher Regelung vorbehält (vgl. § 105i „Verkehrsgewerbe").

Es erscheint hiernach nicht zutreffend, wenn Biermann (Erl. 1 zu § 978) auch öffentliche Banken, Theater, Privatschulen, Ausstellungen, Wärmehallen u. dgl. zu den Verkehrsanstalten rechnet, die dem öffentlichen Verkehre dann dienten, wenn in ihnen ein Verkehr des Publikums, d. h. einer unbestimmten Vielheit, bestimmungsgemäß stattfinde, oder wenn Schneickert S. 231 Banken, Börsen, Leihhäuser, Vermittlungsbureaus und allgemein solche Anstalten hierher zählt, die, den Verkehrsbedürfnissen Rechnung tragend, zur Abwickelung, d. i. zur Ermöglichung oder Erleichterung, der Erledigung von Geschäften des täglichen Lebens errichtet sind. Soweit es sich dabei um Anstalten handelt, die durch öffentliche Behörden betrieben werden, sind die §§ 978ff. zwar aus diesem Grunde anwendbar. Soweit es sich dagegen um Anstalten von Privatpersonen handelt, trifft auch der gesetzgeberische Grund für die Gleichstellung der Verkehrsanstalten mit den öffentlichen Behörden bei ihnen nicht zu, daß nämlich eine ausreichende, der behördlichen gleichwertige besondere Beaufsichtigung des Fundorts zum Schutze der Verlierer sichergestellt ist. Auch eine entsprechende Anwendung der §§ 978ff. auf Funde in Räumen anderer Anstalten, z. B. eines Theaters, erscheint durch die sonderrechtliche Natur der Vorschriften ausgeschlossen (a. M. Dernburg S. 360 A. 39).

Die Verkehrsanstalt kann von dem Reiche, einem Bundesstaat, einer Gemeinde oder einer Privatperson betrieben sein (vgl. § 981 Abs. 1). Die Vorschriften der §§ 978ff. gelten namentlich für die dem öffentlichen Verkehre dienenden Eisenbahnen; in die Eisenbahn-Verkehrsordnung v. 26. Oktober 1899 sind daher die besonderen Bestimmungen des § 38 der Verkehrsordnung v. 15. November 1892 über zurückgelassene Gegenstände nicht übernommen. Auch ein privates Droschkenunternehmen gehört hierher (Hilse a. a. O.). Immer aber ist eine Anstalt, d. h. ein Unternehmen von größerem Umfang vorausgesetzt (ebenso Biermann Erl. 1 zu § 978, Schneickert S. 282). Ob die Anstalt der Personen- oder Güterbeförderung dient, ist gleichgültig.

Zu den Geschäftsräumen der Verkehrsanstalten gehören z. B. die Bahnhofsgebäude mit Einschluß der Bahnsteige, geschlossene Wartehallen, Bureauräume u. dgl.

d) In den Beförderungsmitteln einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt, z. B. in den Personen- oder Güterwagen der Eisenbahnen, den Wagen der Straßenbahnen, den Droschken eines Droschkenunternehmens rc.

§. 979. Die Behörde oder die Verkehrsanstalt kann die an sie abgelieferte Sache öffentlich versteigern lassen. Die öffentlichen Behörden und die Verkehrsanstalten des Reichs, der Bundesstaaten und der Gemeinden können die Versteigerung durch einen ihrer Beamten vornehmen lassen.

Der Erlös tritt an die Stelle der Sache.

§. 980. Die Versteigerung ist erst zulässig, nachdem die Empfangsberechtigten in einer öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte

---

2. **Die Verpflichtung des Finders** beschränkt sich darauf, die Sache unverzüglich (§ 121 Abs. 1) an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder einen ihrer Angestellten abzuliefern. Er ist nicht zur Anzeige des Fundes an einen ihm bekannten Empfangsberechtigten oder zur Mitteilung der ihm bekannten Umstände, die für die Ermittelung des Empfangsberechtigten erheblich sein können, verpflichtet, ebenso wie auch die Behörde oder Verkehrsanstalt nicht verpflichtet ist, abgesehen von der vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachung, Nachforschungen nach dem Empfangsberechtigten anzustellen oder auch nur einem ihr bekannten Empfangsberechtigten die Sache, ohne daß er sein Recht anmeldet, zurückzugeben. Bei der Erfüllung der Ablieferungspflicht hat der Finder, wie trotz des § 978 Satz 2 anzunehmen sein dürfte, entsprechend dem § 968 nur Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (ebenso Dernburg), sodaß er z. B. haftfrei ist, wenn er aus einem nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Irrtume die Sache an einen vermeintlichen Angestellten abliefert. Verletzung der Ablieferungspflicht macht den Finder dem Empfangsberechtigten gegenüber verantwortlich, nicht dagegen der Behörde oder Anstalt gegenüber, da die Ablieferungspflicht nicht im Interesse der letzteren, sondern nur zu dem Zwecke bestimmt ist, dem Empfangsberechtigten die Rückerlangung zu ermöglichen.

Die dem Finder sonst zustehenden Rechte auf Finderlohn, Ersatz von Aufwendungen und Erwerb des Eigentums bleiben ihm hier wegen der Geringfügigkeit der ihm zugemuteten Leistung versagt. Jedoch wird er, wenn er ausnahmsweise zum Zwecke der Ablieferung Aufwendungen gemacht hat, als Geschäftsführer ohne Auftrag Ersatz verlangen können.

§ 979.

E. I § 925 Abs. 1, § 926 Abs. 2; II § 894 Abs. 1, 3 rev. § 964; III § 963. P. I S. 4139 ff., 4148 ff., 6224, 6230; M. III S. 388 f. P. II Bd. 3 S. 273. D. S. 665.

1. **Was die Rechte und die Pflichten der Behörden oder Verkehrsanstalten in betreff der an sie abgelieferten Sachen** betrifft, so gibt das BGB. nur über die Versteigerungsbefugnis und das Recht auf den Erlös besondere Vorschriften. Im übrigen bestimmt sich die Verpflichtung der Behörden oder Anstalten und ihrer Angestellten zur Annahme, Verwahrung und Herausgabe an die Empfangsberechtigten teils nach den für die Behörde oder Anstalt maßgebenden öffentlichrechtlichen Normen (vgl. z. B. über die Behandlung der Sachen bei den Justizbehörden in Preußen die Allg. Verf. v. 22. Juli 1903), teils — was namentlich die Herausgabepflicht anlangt — nach allgemeinen privatrechtlichen Vorschriften.

2. **Die Versteigerung der abgelieferten Sache** ist

a) nur zulässig unter den Voraussetzungen der §§ 980, 982.

b) Die Versteigerung muß eine öffentliche sein (§ 383 Abs. 3 Satz 1); jedoch gewährt der § 979 Abs. 1 Satz 2 den öffentlichen Behörden und den Verkehrsanstalten des Reichs, der Bundesstaaten und der Gemeinden bezüglich der Person des Versteigerers eine Erleichterung.

c) In betreff des Eigentumserwerbes des Erstehers gilt hier dasselbe wie im Falle des § 966 Abs. 2 (Erl. 2 zu § 966).

d) Der Erlös tritt bezüglich der Verwahrungs- und Herausgabepflicht und der an der Sache begründeten Rechte an die Stelle der Sache.

§ 980.

E. I § 925 Abs. 1; II § 894 Abs. 2 rev. § 965; III § 964. P. I S. 4139 ff., 4148, 6224, 6230; M. III S. 388 f. P. II Bd. 3 S. 273. D. S. 665.

1. **Regelmäßige Voraussetzung für die Zulässigkeit der Versteigerung** ist

a) eine vorschriftsmäßige öffentliche Bekanntmachung des Fundes. Die Bekanntmachung muß die Aufforderung an die Empfangsberechtigen enthalten, ihre Rechte vor dem

unter Bestimmung einer Frist aufgefordert worden sind und die Frist verstrichen ist; sie ist unzulässig, wenn eine Anmeldung rechtzeitig erfolgt ist.

Die Bekanntmachung ist nicht erforderlich, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist.

§. 981. Sind seit dem Ablaufe der in der öffentlichen Bekanntmachung bestimmten Frist drei Jahre verstrichen, so fällt der Versteigerungserlös, wenn nicht ein Empfangsberechtigter sein Recht angemeldet hat, bei Reichsbehörden und Reichsanstalten an den Reichsfiskus, bei Landesbehörden und Landesanstalten an den Fiskus des Bundesstaats, bei Gemeindebehörden und Gemeindeanstalten an die Gemeinde, bei Verkehrsanstalten, die von einer Privatperson betrieben werden, an diese.

Ist die Versteigerung ohne die öffentliche Bekanntmachung erfolgt, so beginnt die dreijährige Frist erst, nachdem die Empfangsberechtigten in einer öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte aufgefordert worden sind. Das Gleiche gilt, wenn gefundenes Geld abgeliefert worden ist.

Die Kosten werden von dem herauszugebenden Betrag abgezogen.

Ablauf einer in der Bekanntmachung zu bestimmenden Frist bei der Behörde oder Verkehrsanstalt anzumelden. Der Androhung der Versteigerung bedarf es nicht. Die näheren Bestimmungen über die Bekanntmachung, insbesondere über die Dauer der Frist, sind im § 982 dem Bundesrat und den Zentralbehörden der Bundesstaaten vorbehalten. Vermöge dieser gesetzlichen Ermächtigung haben die zur Ausführung des § 982 erlassenen Anordnungen gesetzesgleiche Kraft. Sie sind daher auch für die Frage entscheidend, ob die getroffenen Bestimmungen nur instruktionelle Bedeutung haben oder ob von ihrer Beobachtung die Wirksamkeit der Bekanntmachung und folgeweise die Zulässigkeit der Versteigerung abhängt (vgl. Erl. 1 zu § 982).

b) Die vorschriftsmäßig bestimmte Frist muß verstrichen sein, ohne daß sich ein Empfangsberechtigter gemeldet hat. Daß vor dem Ablaufe der Frist die Empfangsberechtigung nachgewiesen sei, wird nicht erfordert. Eine sachlich unbegründete oder verspätete Anmeldung vermag die Zulässigkeit der Versteigerung nicht auszuschließen. Die Frist berechnet sich nach den §§ 187 ff. (vgl. Erl. 2 zu § 976).

2. **Ausnahmsweise** bedarf es der Bekanntmachung vor der Versteigerung nicht bei Sachen, deren Verderb zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist (vgl. § 966 Abs. 1). Die Bekanntmachung ist dann nach § 981 Abs. 2 nachzuholen. Die Anmeldung eines Rechtes schließt aber auch hier die Zulässigkeit der Versteigerung aus, wenn sie vor dieser erfolgt.

3. **Eine wegen Mangels der vorbezeichneten Voraussetzungen unzulässige Versteigerung** begründet nach den §§ 31, 89, 823 ff. den Empfangsberechtigten gegenüber eine Schadensersatzpflicht und verschafft dem Ersteher, sofern er sich nicht über das Eigentum des Veräußerers in gutem Glauben befunden hat, nicht das Eigentum. Die Annahme Biermanns, daß der Ersteher, auch abgesehen von dem Schutze des guten Glaubens, stets das Eigentum erwerbe, selbst wenn die Versteigerung vor der Bekanntmachung oder dem Ablaufe der Anmeldungsfrist oder trotz rechtzeitiger Anmeldung von Rechten erfolgt, beruht auf einer Verkennung des Verhältnisses zwischen § 980 und § 979. Der § 980 enthält, wie in der Fassung des E. 1 noch deutlicher hervortrat, eine Einschränkung der im § 979 bestimmten Versteigerungsbefugnis; eine nach § 980 unzulässige Versteigerung ist also Veräußerung durch einen Nichtberechtigten.

§ 981.

E. I § 926; II § 895 rev. § 966; III § 965. P. I S. 4139 ff., 4148 ff.; M. III S. 389. P. II Bd. 3 S. 273. D. S. 665.

1. **Der § 981 regelt den Erwerb des Eigentums an dem Versteigerungserlöse sowie an gefundenem Gelde.** Das Verhältnis ist, abweichend vom E. I, nicht so geordnet, daß sich der Eigentumsübergang sofort vollzieht und den Empfangsberechtigten nur ein persönlicher Heraus-

gabeanspruch bis zum Ablauf einer gesetzlich bestimmten Frist vorbehalten wird; vielmehr tritt der Eigentumsübergang erst nach dem Ablaufe der Frist ein (a. A. **Biermann**), der Erlös bleibt bis dahin Eigentum des Sacheigentümers (§ 979 Abs. 2), ist also als fremdes Geld zu verwahren, und nach dem Eigentumsübergang ist auch ein persönlicher Herausgabeanspruch des Empfangsberechtigten ausgeschlossen. Daß dies die Bedeutung des § 981 ist, ergibt sich aus seinem Wortlaut, ist in der Denkschrift anerkannt und kann nicht deshalb in Zweifel gezogen werden, weil die zweite Kommission die abweichende Vorschrift des E. I sachlich unbeanstandet gelassen hat.

2. **Voraussetzung des Erwerbes des Eigentums am Erlös** ist

a) im Falle des § 980 Abs. 1, d. h. wenn vor der Versteigerung der Fund vorschriftsmäßig öffentlich bekannt gemacht ist (**Abs. 1**):

α) der Ablauf von drei Jahren seit dem Ende der in der Bekanntmachung vorschriftsmäßig bestimmten Anmeldungsfrist (vgl. §§ 187 ff.) sowie

β) die Nichtanmeldung von Rechten eines Empfangsberechtigten bis zum Ablaufe der dreijährigen Frist, die sich somit als eine gesetzliche Verlängerung der Anmeldungsfrist darstellt. Mangel eines wesentlichen Erfordernisses der öffentlichen Bekanntmachung schließt den Eigentumserwerb aus. Wer den Erlös als Empfangsberechtigter in Anspruch nimmt, muß die rechtzeitige Anmeldung und seine Empfangsberechtigung beweisen.

b) Im Falle des § 980 Abs. 2, d. h. wenn die öffentliche Bekanntmachung des Fundes vor der Versteigerung nach § 980 Abs. 2 unterblieben ist, bedarf es zum Eigentumserwerb (**Abs. 2 Satz 1**):

α) einer nachträglichen vorschriftsmäßigen Bekanntmachung des Fundes, in der die Empfangsberechtigten zur Anmeldung ihrer Rechte auf den Erlös aufzufordern sind;

β) des Ablaufs einer dreijährigen Frist nach dieser Bekanntmachung, d. h. dem Zeitpunkte, mit welchem die Bekanntmachung nach den auf Grund des § 982 erlassenen Anordnungen als bewirkt anzusehen ist; die Anmeldungsfrist ist also in diesem Falle gesetzlich bestimmt, sodaß es der Bestimmung einer Frist in der Bekanntmachung nicht bedarf;

γ) der Nichtanmeldung von Rechten bis zum Ablaufe der Frist (vgl. zu a *β*).

Die Voraussetzung des § 982 Abs. 2, daß „die Versteigerung ohne die öffentliche Bekanntmachung erfolgt ist," liegt nicht auch dann vor, wenn die Bekanntmachung nach § 980 Abs. 1 hätte erfolgen müssen, jedoch versehentlich unterblieben ist (a. A. **Biermann**, **Kober**); denn der § 981 regelt nur das Schicksal des Erlöses aus einer nach dem § 980 erfolgten Versteigerung.

3. An dieselben Voraussetzungen wie in dem unter 2 b bezeichneten Falle ist **der Erwerb des Eigentums an gefundenem und abgeliefertem Gelde** geknüpft. Die hierauf bezügliche Vorschrift des **Abs. 2 Satz 2** ist von der zweiten Kommission mit Rücksicht auf ein Bedenken der Kritik aufgenommen, um klarzustellen, daß gefundene Banknoten, Geld ꝛc. nicht versteigert werden sollen. Dieser Entstehung und dem Zwecke der Vorschrift entsprechend wird man im Abs. 2 Satz 2 unter „Geld" nicht nur solches Geld, welches, wenn auch nicht ohne jede Einschränkung, als gesetzliches Zahlungsmittel gilt, sondern auch die im Verkehr allgemein wie Geld behandelten Wertpapiere, namentlich Reichskassenscheine, Reichsbanknoten, zu verstehen haben (vgl. **Struckmann-Koch** Kommentar zur CPO. Anm. 1 zu § 815). Die Vorschrift ist nicht auf inländisches Geld beschränkt.

4. In allen drei, unter 2 a, 2 b und 3 erwähnten Fällen ist, wenn ein Empfangsberechtigter sein Recht rechtzeitig anmeldet, der Erlös oder das Geld ihm herauszugeben, jedoch **können die Kosten abgezogen werden (Abs. 3)**. Zu den Empfangsberechtigten ist auch hier stets der Verlierer zu rechnen (vgl. Erl. zu § 969). Abzugsfähig sind jedenfalls die Kosten der Bekanntmachung, d. h. ein dem Verhältnisse des einzelnen Betrags zu sämtlichen von der Bekanntmachung betroffenen Beträgen entsprechender Teil der Gesamtkosten, aber auch etwaige Kosten für die Verwahrung und Erhaltung der Sache (Fütterungskosten ꝛc.) sowie die Kosten der Versteigerung.

5. Unter den zu 2 und 3 erörterten Voraussetzungen **fällt das Eigentum an dem Erlös oder dem Gelde an die im Abs. 1 bezeichneten Personen**. Die Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß billigerweise derjenige das Eigentum erwerben muß, aus dessen Mitteln die Kosten für die besondere Aufsicht über den Fundort und für die weiteren Maßregeln zum Schutze der gefundenen Sachen bestritten werden. Aus diesem Gesichtspunkt ist insbesondere zu entscheiden, welche „Gemeinde" in dem zu § 978 unter 1 a erläuterten weiteren Sinne das Eigentum erwirbt.

§. 982. Die in den §§. 980, 981 vorgeschriebene Bekanntmachung erfolgt bei Reichsbehörden und Reichsanstalten nach den von dem Bundesrath, in den übrigen Fällen nach den von der Zentralbehörde des Bundesstaats erlassenen Vorschriften.

§. 983. Ist eine öffentliche Behörde im Besitz einer Sache, zu deren Herausgabe sie verpflichtet ist, ohne daß die Verpflichtung auf Vertrag beruht, so finden, wenn der Behörde der Empfangsberechtigte oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, die Vorschriften der §§. 979 bis 982 entsprechende Anwendung.

---

§ 982.

E. I § 925 Abs. 2; II § 896 rev. § 967; III § 966. P. I S. 4139 ff., 4148, 6224, 6230; M. III S. 388 f. P. II Bd. 3 S. 273. D. S. 665.

1. **Der Bundesrat** hat auf Grund der §§ 982, 983 des BGB. nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 16. Juni 1898 (RGBl. S. 912) folgende

Vorschriften über die in Fundsachen usw. von Reichsbehörden und Reichsanstalten zu erlassenden Bekanntmachungen

beschlossen:

§ 1. Die nach den §§ 980, 981, 983 des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Reichsbehörden und Reichsanstalten zu erlassenden Bekanntmachungen erfolgen durch Aushang an der Amtsstelle oder, wenn für Bekanntmachungen der bezeichneten Art eine andere Stelle bestimmt ist, durch Aushang an dieser Stelle. Zwischen dem Tage, an welchem der Aushang bewirkt, und dem Tage, an welchem das ausgehängte Schriftstück wieder abgenommen wird, soll ein Zeitraum von mindestens sechs Wochen liegen; auf die Gültigkeit der Bekanntmachung hat es keinen Einfluß, wenn das Schriftstück von dem Orte des Aushanges zu früh entfernt wird.

Die Behörde oder die Anstalt kann weitere Bekanntmachungen, insbesondere durch Einrückung in öffentliche Blätter, veranlassen.

§ 2. Die in der Bekanntmachung zu bestimmende Frist zur Anmeldung von Rechten muß mindestens sechs Wochen betragen. Die Frist beginnt mit dem Aushange, falls aber die Bekanntmachung auch durch Einrückung in öffentliche Blätter erfolgt, mit der letzten Einrückung.

Zu diesen Vorschriften ist folgendes zu bemerken:

a) Der § 1 Abs. 1 Satz 1 und der § 2 Satz 1 enthalten wesentliche Erfordernisse für die Wirksamkeit der Bekanntmachung (a. A. Biermann).

b) Der im § 1 Abs. 1 Satz 1 an zweiter Stelle vorausgesetzte Fall liegt auch dann vor, wenn für die Bekanntmachungen einer Behörde oder Anstalt allgemein eine andere als die Amtsstelle bestimmt ist, da diese Stelle alsdann auch für „Bekanntmachungen der bezeichneten Art“ bestimmt ist.

c) Die Vorschrift des § 2 Satz 1 gilt nur für den Fall des § 980 Abs. 1 (und den entsprechenden Fall des § 983), nicht für den Fall des § 981 Abs. 2, da im letzteren Falle eine Anmeldungsfrist überhaupt nicht in der Bekanntmachung zu bestimmen ist (Erl. 2 b β zu § 981).

2. Den Vorschriften des Bundesrats entsprechende, zumeist wörtlich nachgebildete Vorschriften sind **in den einzelnen Bundesstaaten** von den Zentralbehörden erlassen worden (**Preußen** Gemeinschaftl. Erlaß v. 18. November 1899; **Bayern** Minist.-Bekanntm. v. 2. Dezember 1899 §§ 1, 2; **Sachsen** V. v. 6. Juli 1899 §§ 28—31; **Württemberg** Minist.-Verf. v. 29. Januar 1900; **Baden** V. v. 11. November 1899 § 19; **Hessen** V. v. 9. August 1899 §§ 17—19).

§ 983.

E. I § 927; II § 897 rev. § 968; III § 967. P. I S. 4139 ff., 4151 f., 6266, 6271; M. III S. 389 f. P. II Bd. 3 S. 273.

Der § 983 handelt nicht von gefundenen Sachen, sondern ist deshalb hier eingestellt weil er die Vorschriften, die nach den §§ 979—982 für die in den Geschäftsräumen einer öffentlichen Behörde gefundenen Sachen gelten, auf gewisse andere im Besitz einer öffentlichen Behörde befindliche Sachen erstreckt.

§. 984. Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), entdeckt und in Folge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigenthum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigenthümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war.

---

1. **Voraussetzung des § 983** ist, daß eine öffentliche Behörde aus einem anderen Grunde als infolge eines Vertrags in den Besitz einer Sache gelangt und zu deren Herausgabe verpflichtet ist, den Empfangsberechtigten oder dessen Aufenthalt aber nicht kennt.

a) Wegen des Begriffs der öffentlichen Behörde vgl. Erl. 1 a zu § 978.

b) Die Fälle, in denen der Besitz und die Herausgabepflicht der Behörde auf Vertrag beruhen, sind ausgeschieden, weil hier den Schwierigkeiten, die sich aus der Versäumung der Wiederabholung ergeben können, durch Vertragsbestimmungen vorgebeugt werden kann. Für gewisse hierher gehörende Fälle ist durch besondere gesetzliche Vorschriften Fürsorge getroffen, so für Postsendungen, die weder an den Adressaten bestellt noch an den Absender zurückgegeben werden können, durch § 26 Abs. 1 des Ges. über das Postwesen des Deutschen Reichs v. 28. Oktober 1871, für hinterlegte Sachen durch die nach Art. 144 des EG. maßgebenden Landesgesetze.

c) Unter die Vorschrift des § 983 fallen namentlich die in einem Strafverfahren als Beweisstücke in amtliche Verwahrung genommenen, nicht der Einziehung unterliegenden Sachen (StPO. §§ 94, 111) sowie gefundene Sachen, die an die Polizeibehörde abgeliefert sind, von dieser aber nicht an einen Empfangsberechtigten herausgegeben werden können, weil ein solcher oder sein Aufenthalt unbekannt ist.

d) Ist ein Empfangsberechtigter der Behörde nach Person und Aufenthalt bekannt, aber im Verzuge der Annahme, so kann sich die Behörde nur durch Hinterlegung der Sache oder, falls diese zur Hinterlegung nicht geeignet ist, des Erlöses von der ferneren Verwahrung der Sache befreien.

2. **Unter der zu 1 bezeichneten Voraussetzung**

a) kann die Behörde die Sache nach Maßgabe der §§ 979, 980, 982 öffentlich versteigern lassen;

b) erwirbt nach Maßgabe der §§ 981, 982, je nachdem es sich um eine Reichs-, Landes- oder Gemeindebehörde handelt, der Reichs- oder Landesfiskus oder die Gemeinde das Eigentum am Erlöse.

§ 984.

E. I § 923; II § 898 rev. § 969; III § 968. P. I S. 4134 ff., 6223, 6230; M. III S. 390 f. P. II Bd. 3 S. 273 f.

Pappenheim, Eigentumserwerb an Altertumsfunden, Iherings Jahrb. 45 S. 141 ff.

Der § 984 regelt den Erwerb des Eigentums an einem Schatze.

1. **Schatz ist**

a) eine bewegliche Sache, die

b) in einer anderen Sache, sei es einer beweglichen Sache, z. B. einem Möbel, sei es einem Grundstücke, verborgen gelegen hat, ohne Unterschied, ob sie von dem früheren Besitzer dort verborgen (eingemauert, vergraben oder sonstwie versteckt) worden oder ob sie ohne den Willen des früheren Besitzers in die andere Sache geraten ist.

c) Die Verborgenheit muß solange gedauert haben, daß infolgedessen (vgl. Rspr. 8 S. 115) der Eigentümer der Sache nicht mehr zu ermitteln ist. Die Umstände, insbesondere das Alter der verborgenen, der Zustand der verbergenden Sache ꝛc., müssen ergeben, daß ein Versuch, den gegenwärtigen Eigentümer der Sache zu ermitteln, aussichtslos sein würde. Der Fall, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist, liegt nicht nur dann vor, wenn die Umstände ergeben, daß die Sache noch einen Eigentümer hat, und nur dessen Person sich nicht mehr ermitteln läßt, sondern auch dann, wenn sich nicht mehr feststellen läßt, ob die Sache noch im Eigentume steht oder herrenlos geworden ist. Unter den gesetzlichen Schatzbegriff fallen daher auch die Reste menschlicher Leichen und die einem Toten ins Grab mitgegebenen Sachen (ebenso Biermann Erl. 1 zu § 984 und Pappenheim S. 144 ff., der die Vorschriften des § 984 wenigstens für entsprechend anwendbar hält). Auch wenn die Umstände, etwa eine bei der Sache gefundene

Urkunde, für die Herrenlosigkeit sprechen, wird doch das Eigentum nicht nach § 958 durch Besitzergreifung, sondern nach § 984 erworben. Dagegen liegt ein Schatz nicht vor, wenn anzunehmen ist, daß die gefundene Sache niemals in jemandes Eigentum gestanden hat, wie z. B. Edelmetalle oder Edelsteine, die sich in ihrer natürlichen, durch die Beschaffenheit der Erde bestimmten Lage befinden, sowie die Reste vorsintflutlicher Tiere.

Erscheint nach den Umständen die Ermittlung des Eigentümers oder eines sonstigen Empfangsberechtigten nicht ausgeschlossen, wie z. B. bei Sachen, die durch ein vor nicht langer Zeit eingetretenes Naturereignis verschüttet sind oder die in einem Grundstücke gefunden werden, auf dem vor kurzem Erdarbeiten vorgenommen worden sind, so ist die Sache nicht als Schatz, sondern als eine verlorene Sache zu behandeln; wer sie findet und an sich nimmt, hat also die Pflichten und die Rechte eines Finders.

d) Nicht zum Begriffe des Schatzes erforderlich ist, daß die Sache einen gewissen Wert hat (anders nach der gemeinrechtlichen Lehre und nach preußischem Rechte).

2. **Voraussetzung des Eigentumserwerbes.** Das Bedürfnis nach einer Neuregelung des Eigentumsverhältnisses entsteht mit dem Zeitpunkt, in welchem der Schatz wieder in den Rechtsverkehr tritt. Die Voraussetzung des Eigentumserwerbes ist demgemäß eine zwiefache:

a) Der Schatz muß entdeckt sein, d. h. die bisher verborgene Sache muß von jemand wahrgenommen sein. Ob die Entdeckung zufällig, bei der Ausschachtung eines Grundstücks, dem Abbruch eines Hauses, dem Auseinandernehmen eines Möbels ꝛc., erfolgt oder das Ergebnis einer auf sie gerichteten Tätigkeit ist, macht keinen Unterschied. Ebenso ist es für den Eigentumserwerb ohne Belang, ob sich die Tätigkeit des Entdeckers als eine erlaubte oder als eine unerlaubte Handlung, z. B. als verbotene Eigenmacht, darstellt; nur zum Schadensersatze wird der Entdecker im letzteren Falle unter den gesetzlichen Voraussetzungen verpflichtet.

b) Der Schatz muß ferner infolge der Entdeckung in Besitz genommen sein. Die bloße Entdeckung bewirkt noch keine Rechtsänderung. Vielmehr muß die Besitzergreifung hinzukommen. Regelmäßig wird der Entdecker den Besitz der Sache ergreifen. Notwendig ist dies aber, abweichend vom E. I, zum Eigentumserwerbe nicht. Es genügt vielmehr auch die Besitzergreifung durch einen anderen, vorausgesetzt daß sie infolge der Entdeckung erfolgt. Das bedeutet nicht, daß sich die Besitzergreifung des anderen zeitlich der Entdeckung unmittelbar anschließen, sondern daß sie durch die Tätigkeit des Entdeckers ermöglicht sein muß. In den Fällen der Besitzergreifung durch einen anderen kommt daher nur eine Entdeckung durch die Tätigkeit des Entdeckers in Betracht, mag diese auf die Auffindung des Schatzes gerichtet gewesen sein oder einen anderen Zweck verfolgt haben. Ist z. B. ein in einem Acker verborgener Schatz durch die Einwirkung des Wassers freigelegt und von dem A wahrgenommen, aber nicht in Besitz genommen worden, so liegt, wenn nachher B den Schatz in Besitz nimmt, nicht eine Besitzergreifung infolge der Entdeckung des A vor, und es erwirbt daher nicht A, sondern B das Eigentum am Schatze. Hat dagegen A den Schatz bloßgelegt und kommt ihm B in der Besitzergreifung zuvor, so erwirbt nicht B, sondern A das Eigentum.

Es genügt der Nachweis, daß die Sache in unmittelbaren Besitz genommen ist. Ergreifung des Eigenbesitzes ist hier, im Gegensatze zur Aneignung, nicht erforderlich (a. A. Dernburg Bd. 3 § 117 A. 7 S. 363), wie denn überhaupt der Schatzerwerb nicht unter den Gesichtspunkt der Aneignung einer herrenlosen Sache gebracht werden darf. Die anscheinend abweichenden Ausführungen der Motive (S. 391) treffen jedenfalls für die dem E. I gegenüber geänderte Vorschrift des § 984 nicht mehr zu.

3. **Eigentumserwerb.** Unter den zu 2 bezeichneten Voraussetzungen wird unmittelbar kraft Gesetzes das Eigentum an dem Schatze von dem Entdecker und dem Eigentümer der den Schatz bergenden Sache je zur Hälfte erworben. Eine Anzeige des Entdeckers bei der Polizeibehörde und ein Ermittelungsverfahren werden hier nicht erfordert, weil bei einem Schatze seinem Begriffe nach die Ermittelung des Empfangsberechtigten von vornherein untunlich erscheint.

a) Der Erwerb des Entdeckers setzt dessen Geschäftsfähigkeit nicht voraus. Denn das Entdecken ist, selbst wenn es das Ergebnis einer auf die Auffindung des Schatzes gerichteten Tätigkeit ist, weder ein Rechtsgeschäft noch eine Rechtshandlung. Dies schließt aber nicht aus, daß, wenn sich jemand zur Aufsuchung eines Schatzes eines anderen als Werkzeugs bedient, er selbst und nicht der andere als Entdecker anzusehen ist (ebenso Kober Erl. 3 b zu § 984, Endemann a. a. O. Anm. 6). Eine Verwirkung des Rechtes des Entdeckers zugunsten des Fiskus oder der Gemeinde ist dem BGB. fremd.

Vierter Titel.
Ansprüche aus dem Eigenthume.

b) Der Eigentümer der den Schatz bergenden Sache wird unmittelbar kraft Gesetzes Miteigentümer des Schatzes zur Hälfte (vgl. über die Eintragungsunfähigkeit des Vorbehalts des dem Eigentümer zustehenden Rechtes zugunsten des Veräußerers RG. 24 S. 244 = RJA. 3 S. 136). Er kann daher, falls der Entdecker selbst den Schatz in Besitz genommen hat, von diesem Einräumung des Mitbesitzes, wenn ein Dritter den Besitz ergriffen hat, ebenso wie der Entdecker Herausgabe des Schatzes an den Entdecker und ihn oder Hinterlegung für beide und, falls sich die Sache dazu nicht eignet, Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer verlangen (§ 1011). Weiter ist der Eigentümer berechtigt, von dem Entdecker Vorlegung des Schatzes zur Besichtigung (§ 809) und, wenn der Schatz einen Inbegriff von Gegenständen umfaßt, auch Vorlegung eines Verzeichnisses des Bestandes und gegebenenfalls Leistung des Offenbarungseids (§§ 260, 261) zu verlangen. Zur Benachrichtigung des Eigentümers der bergenden Sache von dem Schatzfund ist der Entdecker nicht verpflichtet. Der Entdecker und der Eigentümer können jederzeit Aufhebung der Gemeinschaft nach Maßgabe der §§ 749 ff. beanspruchen.

Lag der Schatz auf der Grenze zweier Grundstücke verborgen, so fällt der Miteigentumsanteil, der dem Eigentümer der bergenden Sache gebührt, den Eigentümern der beiden Grundstücke gemeinschaftlich, und zwar nach der Regel des § 742 zu gleichen Anteilen, zu.

Wegen der Zulässigkeit der vertragsmäßigen Bestimmung eines anderen Anteilsverhältnisses zwischen dem Entdecker und dem Sacheigentümer gilt das in der Erl. 2 c zu § 946 Gesagte (vgl. Kober Erl. 3 a zu § 984).

c) Ist der Entdecker zugleich der Eigentümer der bergenden Sache, so wird er Alleineigentümer des Schatzes.

4. Wegen des Rechtes des Nießbrauchers in Ansehung eines in der belasteten Sache gefundenen Schatzes vgl. § 1040. Ebensowenig wie der Nießbrauch erstrecken sich andere Rechte, mit welchen die den Schatz bergende Sache belastet ist, auf den Schatz.

5. Vorbehalte für das Landesrecht. Soweit sich das Rechtsverhältnis der bergenden Sache nach vorbehaltenem Landesrechte bestimmt, ist letzteres auch in erster Linie für die Regelung des Schatzerwerbes maßgebend, so namentlich bei Fideikommiß-, Lehn- und Stammgütern (EG. Art. 59). Wo landesgesetzlich ein Schatzregal bestanden hat, wie nach Pappenheim S. 152 ff. in Schleswig, ist es durch EG. Art. 73 aufrechterhalten.

Dem Landesrecht steht es auch frei, im öffentlichen Interesse das Recht des Entdeckers und des Sacheigentümers auf den Schatz zu entziehen oder zu beschränken (EG. Art. 109), insbesondere die Ablieferung alter Münzen und anderer Sachen von künstlerischem oder geschichtlichem Werte an öffentliche Behörden gegen Werterſatz anzuordnen (M. III S. 391, P. II a. a. O.). Vgl. über die gesetzgeberische Behandlung der Altertumsfunde die Verhandlungen des 27. Dtsch. Juristentags (Bd. 2 S. 3 ff., 23 ff., Bd. 4 S. 88 ff., 625 ff.), der sich für die reichs- oder landesgesetzliche Gewährung eines durch Anzeigepflicht gesicherten Vorrechts des Staates auf den Erwerb beweglicher Altertumsfunde gegen Vergütung ausgesprochen hat.

Vierter Titel.
Ansprüche aus dem Eigentume.

1. Die im vierten Titel geregelten Ansprüche aus dem Eigentume sind zwiefacher Art:

a) Das Eigentum begründet, wie jedes dingliche Recht, zunächst eine unmittelbare rechtliche Beziehung des Berechtigten zur Sache. Es erfordert einen seinem Inhalt entsprechenden tatsächlichen Zustand. Ein Anspruch des Eigentümers, d. h. ein Recht von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (§ 194 Abs. 1), entspringt aus dem Eigentum erst dann, wenn durch das Verhalten des anderen der tatsächliche Zustand dem Inhalte des Eigentums nicht entspricht, letzteres also beeinträchtigt wird. Hierdurch entsteht der lediglich aus dem Eigentum als solchem fließende Anspruch auf Herstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes für die Zukunft. Dieser rein dingliche Anspruch gestaltet sich verschieden nach der Art der Beeinträchtigung des Eigentums. Besteht sie darin, daß ein anderer die Sache im Besitze hat, so geht der Anspruch auf Herausgabe der Sache (§ 985); wird das Eigentum in sonstiger Weise beeinträchtigt, so geht der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung und

§. 985. Der Eigenthümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

---

gegebenenfalls auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen (§ 1004). Als ein dritter rein dinglicher Anspruch kommt bei beweglichen Sachen der Anspruch auf Gestattung der Wegschaffung von einem Grundstücke hinzu (§ 1005). Für die Geltendmachung der dinglichen Eigentumsansprüche besteht bei Grundstücken der ausschließliche Gerichtsstand nach § 24 der CPO.

b) Andere Ansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer haben zwar auch das Eigentum zur Grundlage, setzen aber daneben eine besondere den Besitzer verpflichtende Tatsache voraus. Es sind dies die in den §§ 987—993 geregelten Ansprüche auf Herausgabe von Nutzungen und auf Schadensersatz. Sie stehen nicht, wie die dinglichen Ansprüche dem jeweiligen Eigentümer, sondern demjenigen Eigentümer zu, welchem gegenüber der Besitzer vermöge der besonderen Tatsache (Eintritt der Rechtshängigkeit, Unredlichkeit, Verzug, unerlaubte Handlung, Bereicherung ꝛc.) verpflichtet ist, und gehen auf einen Rechtsnachfolger dieses Eigentümers nur durch Abtretung über. Sie sind persönlicher Natur. Für ihre Geltendmachung gilt bei Grundstücken bezüglich des Gerichtsstandes weder der § 24 noch der § 26 der CPO. Soweit sie jedoch als Nebenforderungen mit dem Anspruch auf Herausgabe oder unter zulässiger Änderung des ursprünglich auf Herausgabe gerichteten Anspruchs geltend gemacht werden (vgl. Erl. 4 zu § 987 und Erl. 4 zu § 989), ist das Gericht der belegenen Sache auch für die Entscheidung über sie zuständig (s. M. III S. 393).

2. Die Anordnung des vierten Titels ist folgende:

Zuerst werden der dingliche Anspruch auf Herausgabe (§ 985) und die gegen ihn zulässigen Einwendungen aus einem Rechte zum Besitze (§ 986) geregelt. Hieran schließen sich die Bestimmungen über die Nebenansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe von Nutzungen und Schadensersatz (§§ 987—993; vgl. die Vorbm. dazu) sowie über die Rechte des Besitzers wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen (§§ 994—1003, s. die Vorbm. zu diesen). Weiter werden der (negatorische) dingliche Anspruch wegen anderer Beeinträchtigungen des Eigentums (§ 1004) und der Anspruch des Eigentümers einer beweglichen Sache auf Gestattung der Wegschaffung von einem Grundstücke (§ 1005) behandelt. Den Schluß bilden zwei Vorschriften, die über den durch die Überschrift des Titels bezeichneten Rahmen hinausgehen. Sie betreffen die Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache (§ 1006) und den Anspruch des früheren Besitzers einer beweglichen Sache aus dem besseren Rechte zum Besitze (§ 1007).

3. Die Vorschriften dieses Titels finden auf den Schutz anderer dinglicher Rechte, welche die Befugnis zum Besitz oder Gebrauch gewähren, nach § 1017 Abs. 2, §§ 1027, 1065, § 1090 Abs. 2, § 1227 **entsprechende Anwendung** (vgl. auch EG. Art. 63 Satz 2, Art. 68 Satz 2). Über die Ansprüche eines Miteigentümers vgl. § 1011.

4. Neben den hier geregelten Ansprüchen dient zum Schutze des Eigentums die Klage auf Feststellung des Bestehens des Eigentums oder des Nichtbestehens eines das Eigentum beschränkenden Rechtes an der Sache (CPO. §§ 256, 280, JW. 1902 S. 68). Durch das Urteil über die in den §§ 985, 1004, 1005 bestimmten Ansprüche wird an sich das Bestehen oder Nichtbestehen des Eigentums nicht rechtskräftig festgestellt (CPO. § 322). Zur Erlangung einer solchen Feststellung bedarf es einer Feststellungsklage (ebenso Hellwig, Anspruch und Klagerecht in Fischer, Abhandlungen 5 S. 32; a. A. Hölder Arch. f. civ. Pr. 93 S. 23). Diese kann mit der Klage auf Herausgabe ꝛc. in einer Klage verbunden werden. Das nach § 256 der CPO. erforderliche rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung wird durch die Möglichkeit, auf die Herausgabe ꝛc. zu klagen, nicht ausgeschlossen, weil mit der Klage auf die Leistung eben die Feststellung nicht erreicht wird (M. III S. 399; Dernburg Bd. 3 § 118 Nr. 3).

§ 985.

E. I § 929; II § 899 rev. § 970; III § 969. P. I S. 4152 ff.; M. III S. 396 ff. P. II Bd. 3 S. 328 ff., 371 ff.; Bd. 4 S. 585; Bd. 6 S. 236 f.

Nach dem Inhalte des Eigentums (§ 903) **gebührt dem Eigentümer der Besitz der Sache.** Sobald daher ein anderer den Besitz der Sache erlangt, entsteht für den Eigentümer das Recht, von dem anderen die Einräumung des Besitzes zu verlangen, der im § 985 anerkannte Anspruch auf Herausgabe der Sache (rei vindicatio).

1. **Die Voraussetzungen des Anspruchs** sind folgende:

a) Eigentum an der Sache. Zur Begründung des Anspruchs ist der Nachweis gegenwärtigen Eigentums erforderlich.

α) Bei Grundstücken genügt zu diesem Nachweise, wenn der Kläger als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, die Berufung auf die Eintragung (§ 891 Abs. 1). Andernfalls muß der Kläger den Eigentumserwerb beweisen, wobei ihm aber wiederum zum Nachweise des Eigentums seines Rechtsvorgängers, falls dieser als Eigentümer eingetragen ist, z. B. in den Fällen der Erbfolge und der ehelichen Gütergemeinschaft (§ 1438), die Vermutung aus der Eintragung zu statten kommt.

β) Bei beweglichen Sachen steht dem Kläger, wenn er früheren Besitz der Sache nachweist, nach § 1006 Abs. 2 die Vermutung zur Seite, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer gewesen ist. Demgegenüber muß der Beklagte entweder diese Vermutung widerlegen oder nachweisen, daß der Kläger nicht mehr Eigentümer ist. Der letztere Beweis wird dem Beklagten als gegenwärtigem Besitzer durch die für sein Eigentum streitende Vermutung nach § 1006 Abs. 1 Satz 1 abgenommen. Beruft sich der Beklagte auf diese Vermutung, so muß der Kläger sie entweder widerlegen oder, sofern es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere handelt, durch den Nachweis ausschließen, daß er den Besitz unfreiwillig verloren hat (§ 1006 Abs. 1 Satz 2).

Kann der Kläger dagegen früheren Besitz nicht nachweisen, insbesondere deshalb, weil er, wie in den Fällen des § 926 und des Eigentumserwerbes nach § 931 durch Abtretung des bloßen Eigentumsanspruchs auf Herausgabe, das Eigentum ohne den Besitz erworben und auch nachträglich den Besitz nicht erlangt hat, so muß er zum Nachweise seines gegenwärtigen Eigentums seinen Eigentumserwerb dartun, was ihm im Falle des rechtsgeschäftlichen Erwerbes dadurch wesentlich erleichtert ist, daß er infolge der Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben das Eigentum seines Rechtsvorgängers nicht zu beweisen braucht. Der Beklagte muß alsdann dartun, daß der Kläger nicht mehr Eigentümer ist. Dabei kommt ihm wieder die Eigentumsvermutung auf Grund seines gegenwärtigen Besitzes zu statten. Beruft er sich auf diese, so bleibt dem Kläger nur übrig, sie zu widerlegen.

γ) Jede einzelne Sache ist Gegenstand eines besonderen Herausgabeanspruchs (quot res tot vindicationes). Dies gilt namentlich auch für den Fall, daß die Herausgabe eines Sachinbegriffs verlangt wird. Die Klage auf Herausgabe eines solchen enthält eine Verbindung der Ansprüche auf Herausgabe der einzelnen Sachen (CPO. § 260); dabei genügt eine zusammenfassende Bezeichnung der letzteren, sofern sie sich als eine hinreichend bestimmte Angabe des Gegenstandes der Ansprüche darstellt (CPO. § 253 Abs. 2 Nr. 2; s. Rspr. 5 S. 153). Die Vorschrift des BGB. § 260 ist nicht anwendbar, da nicht ein Anspruch auf Herausgabe eines Inbegriffs, sondern eine Verbindung von Einzelansprüchen in Frage steht (a. A. Lehmann § 67 Nr. 7).

b) Besitz des Gegners.

α) Zur Entstehung des Anspruchs genügt der objektive Tatbestand, daß ein anderer den Besitz der Sache erlangt; daß er dem Eigentümer den Besitz entzogen hat oder vorenthält, ist nicht erforderlich. Aus der Fassung des § 1004 darf nicht geschlossen werden, daß der im § 985 bestimmte Anspruch eine Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes voraussetzt.

β) Der Anspruch richtet sich gegen jeden Besitzer. Ob der Gegner die Sache als Eigenbesitzer oder zu anderem Zwecke besitzt, ist für die Begründung des Anspruchs auf Herausgabe ebenso gleichgültig wie der gute oder böse Glaube des Besitzers. Nur für die dem Besitzer zustehenden Einwendungen kann ersteres nach § 986 einen Unterschied begründen. Wird die Gewalt über die Sache von einem Besitzdiener ausgeübt, so ist der Herausgabeanspruch nicht gegen diesen, sondern gegen den Besitzherrn zu richten.

Der Anspruch ist sowohl gegen den unmittelbaren als auch gegen den mittelbaren Besitzer gegeben. Die Zulässigkeit des Anspruchs gegen den letzteren ist zwar bestritten worden (vgl. namentlich Wendt, Arch. f. civ. Pr. 87 S. 68ff.; Gutachten f. d. 24. Dtsch. Juristentag, Verhdl. 3 S. 3ff.), jedoch mit Unrecht. Sie ergibt sich zunächst aus der Entstehungsgeschichte. Der E. I § 929 gewährte dem Eigentümer den Anspruch auf Herausgabe der Sache auch gegen den nicht selbst in der „Inhabung" befindlichen „Besitzer", weil sowohl der Besitz als auch die Inhabung einer anderen Person der tatsächlichen Verwirklichung des Eigentums entgegenstehe. Die zweite Kommission, die sich mit der Frage

der Zulassung des Eigentumsanspruchs gegen den mittelbaren Besitzer viermal beschäftigt hat, beschloß zuerst nur dem unmittelbaren Besitzer gegenüber einen Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe anzuerkennen, lehnte es dagegen ab, nach einem von der Minderheit gebilligten Antrage dem Eigentümer gegen den mittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Einräumung des mittelbaren Besitzes sowie einen durch die Rückerlangung des unmittelbaren Besitzes seitens des mittelbaren Besitzers bedingten Anspruch auf Herausgabe zu geben. Bei der späteren Erörterung der Frage, inwieweit die zunächst für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem unmittelbaren Besitzer beschlossenen Vorschriften auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem mittelbaren Besitzer für entsprechend anwendbar zu erklären seien, hielt die Mehrheit an dem ersten Beschlusse fest, indem sie den Vorschlag verwarf, auf das letztere Rechtsverhältnis auch die Vorschrift über den Herausgabeanspruch des Eigentümers für entsprechend anwendbar zu erklären. Nachdem sodann die Redaktionskommission den jetzigen § 868 formuliert hatte, genehmigte die Kommission, um die beschlossene Beschränkung des Eigentumsanspruchs auf den unmittelbaren Besitzer zum Ausdrucke zu bringen, einen Zusatz zu der auf den Eigentumsanspruch bezüglichen Vorschrift dahin:

„Gegenüber einem mittelbaren Besitzer steht dem Eigentümer ein Anspruch auf Überlassung des mittelbaren Besitzes nicht zu."

Dem entsprach der § 899 Abs. 2 des E. II. Bei der Revision endlich gab die Kommission jedoch ihren früheren Standpunkt auf, weil das neuere Recht die rei vindicatio auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber gewähre, es ferner auffallend erscheine, wenn lediglich in betreff der Passivlegitimation gegenüber der rei vindicatio der mittelbare Besitzer nicht als Besitzer behandelt werde, und weil bei Versagung des Eigentumsanspruchs gegen ihn die Vorschriften über die Verjährung einer Änderung bedürften; indem die Mehrheit sich im übrigen die Gründe der früheren Minderheit aneignete, beschloß sie die Streichung des vorerwähnten § 899 Abs. 2 des E. II.

Die dargelegte Entstehung läßt über die Absicht des Gesetzgebers keinen Zweifel. Diese Absicht hat aber auch klaren Ausdruck gefunden. Denn da nach der terminologischen Regel des § 868 unter dem Worte „Besitzer" auch der mittelbare Besitzer zu verstehen ist, so wäre der § 985 nur dann nicht auf diesen zu beziehen, wenn sich eine Ausnahme von jener Regel hier aus dem Zusammenhang ergäbe; dies ist aber nicht der Fall. Wendt will zwar die Beschränkung der Vorschrift auf den unmittelbaren Besitzer daraus herleiten, daß als Gegenstand des Anspruchs die Herausgabe der Sache bezeichnet ist, da nur der unmittelbare, nicht aber der mittelbare Besitzer zur Herausgabe imstande sei. Indessen ist diese Folgerung als schlüssig nicht anzuerkennen. Gibt das Gesetz dem Eigentümer gegen den Besitzer, worunter nach § 868 auch der mittelbare Besitzer zu verstehen ist, den Anspruch auf Herausgabe der Sache, so liegt die Auslegung näher, daß es in der Anwendung auf den mittelbaren Besitzer unter „Herausgabe der Sache" eine Leistung versteht, zu der der mittelbare Besitzer imstande ist. Dies war unzweifelhaft der Sinn des E. I § 929, der dem Eigentümer auch dem nicht innehabenden „Besitzer" gegenüber den Anspruch auf „Herausgabe der Sache" gab und dabei die Erfüllung der Restitutionspflicht derart dachte, daß der Besitzer die ihm gegen den Inhaber zustehenden Restitutionsansprüche abtrete (M. III S. 398). Aus demselben Grunde hielt die zweite Kommission bei der vorletzten Erörterung der Frage es nach dem Vorschlage der Redaktionskommission für nötig, durch einen besonderen Zusatz die Folgerung auszuschließen, daß sich aus der Gewährung des Anspruchs auf Herausgabe gegenüber dem Besitzer die Zulässigkeit des Anspruchs auf Überlassung des mittelbaren Besitzes gegenüber dem mittelbaren Besitzer ergebe. Beide Kommissionen verstanden also unter den Worten „Herausgabe der Sache" in Anwendung auf den mittelbaren Besitzer die Übertragung des mittelbaren Besitzes. Die entsprechende Auslegung jener Gesetzesworte rechtfertigt sich auch dadurch, daß in der Anwendung auf den unmittelbaren Besitzer die Herausgabe der Sache gleichfalls nichts anderes ist als die Einräumung des Besitzes.

Es fragt sich aber weiter, ob der Eigentümer von dem mittelbaren Besitzer nur die Einräumung des mittelbaren Besitzes oder etwa auch die Herausgabe der Sache im engeren Sinne, d. h. die Einräumung des unmittelbaren Besitzes, verlangen kann.

Die ursprüngliche Minderheit der zweiten Kommission wollte dem Eigentümer gegen den mittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe im engeren Sinne für den Fall gewähren, daß er den unmittelbaren Besitz wiedererlangt. Der betreffende Antrag wurde abgelehnt. Aller=

dings geschah dies vom Standpunkte der ursprünglichen Mehrheit aus, die dem Eigentümer einen Anspruch gegen den mittelbaren Besitzer überhaupt versagen wollte. Aber auch nachdem dieser grundsätzliche Standpunkt aufgegeben ist, läßt sich ein derartiger bedingter Herausgabeanspruch gegen den mittelbaren Besitzer aus dem Gesetze nicht rechtfertigen. Er würde auch den Eigentümer insofern nur unvollkommen schützen, als dieser zur Vollstreckung des entsprechend bedingten Urteils erst auf Erteilung der Vollstreckungsklausel klagen müßte (CPO. § 726 Abs. 1, § 731).

Nach dem Wortlaute des Gesetzes (§ 985 verb. mit § 868) scheint dagegen die Auffassung möglich zu sein, daß der Eigentümer auch von dem mittelbaren Besitzer in demselben Sinne wie von dem unmittelbaren Besitzer „die Herausgabe der Sache" verlangen könne, d. h. die Herausgabe im engeren Sinne. Die Bedeutung des § 985 würde dem mittelbaren Besitzer gegenüber dann darin bestehen, daß ihm der Einwand, zur Herausgabe außerstande zu sein, entzogen und die Verurteilung zur Herausgabe im engeren Sinne gegen ihn ermöglicht würde. Eine solche Verurteilung würde für den Eigentümer den Vorteil bieten, daß er, je nachdem der Schuldner zur Zeit der Zwangsvollstreckung im mittelbaren oder unmittelbaren Besitze wäre, entweder die Pfändung und Überweisung des Anspruchs des Schuldners auf Herausgabe der Sache (CPO. § 886) oder bei beweglichen Sachen die Wegnahme und Übergabe an ihn, bei Grundstücken seine Einweisung in den Besitz durch einen Gerichtsvollzieher (§§ 883, 885) erwirken könnte. Das Interesse des Eigentümers wäre somit durch eine Verurteilung des mittelbaren Besitzers zur Herausgabe erheblich besser gewahrt als durch die Verurteilung zur Übertragung des mittelbaren Besitzes. Denn diese Verurteilung hilft dem Eigentümer zur Wiedererlangung der Sache nichts, sobald der Verurteilte den unmittelbaren Besitz zurückerlangt. Ja selbst wenn der Eigentümer gleichzeitig mit der Verurteilung des mittelbaren Besitzers zur Übertragung des mittelbaren Besitzes die Verurteilung des unmittelbaren Besitzers zur Herausgabe erzielt hat, entbehrt er eines vollstreckbaren Titels zur Erzwingung der Herausgabe, wenn der unmittelbare Besitz wieder an den bisherigen mittelbaren Besitzer gelangt ist. Dieses Ergebnis erscheint um so auffallender, als im umgekehrten Falle, wenn nämlich der auf Herausgabe verklagte unmittelbare Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit mittelbarer Besitzer geworden ist, dem Urteile durch § 325 Abs. 1 der CPO. auch Wirksamkeit gegenüber dem neuen unmittelbaren Besitzer beigelegt ist.

Obgleich hiernach erhebliche praktische Gründe für die Zulassung einer Klage auf Herausgabe im engeren Sinne gegen den mittelbaren Besitzer zu sprechen scheinen, so steht der Zulassung doch folgendes Bedenken entgegen:

Durch die rechtskräftige Verurteilung zur Herausgabe im engeren Sinne würde der mittelbare Besitzer zur Herausgabe ohne Rücksicht darauf verpflichtet, ob er zur Zeit der Erlassung des Urteils zur Herausgabe imstande war oder nicht. Der Eigentümer könnte ihm daher insbesondere nach § 283 eine Frist zur Herausgabe bestimmen und, falls die Herausgabe nicht vor dem Ablaufe der Frist erfolgte, von ihm Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; denn den im § 283 zugelassenen Entlastungsbeweis, daß ihm die Herausgabe erst nach dem Eintritte der Rechtskraft des Urteils oder doch nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher noch Einwendungen vorgebracht werden konnten, unmöglich geworden sei (s. Bd. II S. 88 Erl. 3 zu § 283), könnte der mittelbare Besitzer nach Lage der Sache nicht führen. Er könnte sich auch nicht etwa auf die Vorschrift des § 993 Abs. 1 Satz 2 berufen, nach welcher der Besitzer dem Eigentümer außer den Fällen der §§ 989, 990 zum Schadensersatze wegen Unmöglichkeit der Herausgabe nicht verpflichtet ist (vgl. unten S. 315f. Erl. 1b zu § 993).

Wenn somit die rechtskräftige Verurteilung des mittelbaren Besitzers zur Herausgabe im engeren Sinne ihn notwendig zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung nach § 283 verpflichten würde, so ist klar, daß diese Folgerung mit dem Grundsatze des § 993 Abs. 1 Satz 2, welcher die Schadensersatzpflicht des redlichen Besitzers vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit ausschließen soll, unvereinbar ist; der mittelbare Besitzer, der vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit den unmittelbaren Besitz derart aufgegeben hat, daß er mittelbarer Besitzer geworden ist, würde, auch wenn er dabei in gutem Glauben war, dem Eigentümer infolge seines Unvermögens zur Herausgabe mittelbar zum Schadensersatze verpflichtet. Dieses Ergebnis erscheint unannehmbar.

Man wird daher dem Eigentümer gegen den mittelbaren Besitzer nicht einen Anspruch auf Herausgabe im engeren Sinne, sondern nur den Anspruch auf Übertragung des mittelbaren Besitzes zuzuerkennen haben (a. A. Kretzschmar, Sächs. Arch. 12 S. 642). Praktische Unzuträglichkeiten dürften aus dieser Auffassung nicht erwachsen. Die Geltendmachung des Anspruchs auf Übertragung des mittelbaren Besitzes genügt

zur Unterbrechung der Verjährung des Eigentumsanspruchs und der Ersitzung gegenüber dem mittelbaren Besitzer (§§ 209, 941, § 900 Abs. 1 Satz 2). Sie führt sogar allein zum Ziele, soweit es darauf ankommt, die Rechtsvorteile, die sich in betreff des Besitzschutzes, des Fruchterwerbes, der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen ꝛc. an den mittelbaren Besitz knüpfen, dem Gegner zu entziehen oder dem Eigentümer zu verschaffen. Der Eigentümer wird sich hiernach in den Fällen, in welchen die Ausklagung des unmittelbaren Besitzers Schwierigkeiten bietet, z. B. bei einem im unmittelbaren Besitze zahlreicher Mieter befindlichen Hause, nicht selten darauf beschränken können, den mittelbaren Besitzer auf Übertragung des mittelbaren Besitzes zu verklagen. Im übrigen steht es ihm frei, den Anspruch auf Herausgabe im engeren Sinne gegen den unmittelbaren Besitzer geltend zu machen. Ist zu besorgen, daß die Vollstreckung des gegen den unmittelbaren Besitzer ergehenden Urteils durch vorherige Rückgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer vereitelt werden werde, so kann der Eigentümer gleichzeitig mit der Klage gegen den unmittelbaren Besitzer den Erlaß einer dieser Gefahr vorbeugenden einstweiligen Verfügung (auf Sequestration der Sache ꝛc.) erwirken (CPO. §§ 935, 938). In Fällen, in denen der Eigentümer im Zweifel darüber ist, ob der Beklagte unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer ist, ob sich die Sache z. B. in Händen eines Besitzdieners oder eines mittelbaren Besitz vermittelnden unmittelbaren Besitzers befindet, wird es sich empfehlen, daß er die Klage alternativ für den Fall des unmittelbaren Besitzes des Beklagten auf Herausgabe im engeren Sinne, für den Fall des mittelbaren Besitzes auf Übertragung des letzteren richtet.

Die Zulässigkeit des im § 985 bestimmten Anspruchs gegenüber dem mittelbaren Besitzer hat übrigens im Gesetze selbst dadurch eine ausdrückliche Bestätigung gefunden, daß der § 991 die Möglichkeit des Eintritts der Rechtshängigkeit gegenüber dem mittelbaren Besitzer voraussetzt (vgl. Erl. 1 zu § 991), und ist auch von der herrschenden Meinung anerkannt (vgl. namentlich Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 53ff.; Gutachten für den 24. Dtsch. Juristentag, Verhdl. 3 S. 39ff.; Strohal, Der Sachbesitz S. 45ff.; Fischer, DJZ. 1898 S. 367ff.; Beschluß der 1. Abteilung des 24. Dtsch. Juristentags, Verhdl. 4 S. 129ff., 350f.; Biermann Erl. 2 zu § 985; Kober Erl. 2c zu § 985; Lehmann § 67 Nr. 5; Cosack Bd. 2 S. 162; Kniep S. 15; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 890; Rspr. 2 S. 267, 5 S. 154).

γ) Die im römischen Rechte zugelassene Begründung des Herausgabeanspruchs auf fingierten Besitz des Gegners (ficta possessio; Dernburg, Pandekten Bd. I § 193 Anm. 8, § 196 Anm. 8) ist dem BGB. fremd. Wer, ohne zu besitzen, unter dem Vorgeben, daß er besitze, sich auf den Eigentumsstreit einläßt (qui liti se obtulit), wird, falls die Voraussetzungen des § 823 oder des § 826 vorliegen, dem Eigentümer nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen schadensersatzpflichtig und ist auf Grund des gerichtlichen Geständnisses seines Besitzes, falls es nicht rechtzeitig wirksam widerrufen ist (CPO. §§ 288—290), zur Herausgabe zu verurteilen; der Eigentümer kann im letzteren Falle nach Maßgabe des § 283 des BGB. (vgl. CPO. § 255 Abs. 1) oder des § 893 der CPO. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Wer vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs dolo desiit possidere, ist dem Eigentümer nach den §§ 989, 990 zum Schadensersatze verpflichtet.

2. **Gegenstand des Anspruchs** ist die Herausgabe der Sache. Hierunter ist:

a) wenn sich die Klage gegen den unmittelbaren Besitzer richtet, die Einräumung des unmittelbaren Besitzes zu verstehen. Erforderlich ist die Verschaffung der tatsächlichen Gewalt nach Maßgabe des § 854. Soweit es dazu einer Handlung oder, wie im Falle des § 854 Abs. 2, einer Erklärung des Besitzers bedarf, ist dieser zur Vornahme der Handlung und zur Abgabe der Erklärung verpflichtet. Die Herausgabe kann auch bei beweglichen Sachen regelmäßig nur an dem Orte verlangt werden, an dem sich die Sache befindet, da der Besitzer bis zum Eintritte der Rechtshängigkeit oder des bösen Glaubens dem Eigentümer für die Bestimmung des Aufbewahrungsorts der Sache nicht verantwortlich ist. Eine nach dem Eintritte jener Umstände vorgenommene Ortsveränderung muß der Eigentümer nur dann gegen sich gelten lassen, wenn sie durch die dem Besitzer obliegende Fürsorge gerechtfertigt wird.

Die Kosten der Herausgabe hat, soweit sie zur Bewirkung der dem Besitzer obliegenden Leistung notwendig sind, wie z. B. die Kosten der Räumung eines Grundstücks, einer Wohnung, nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 242) der Besitzer (a. A. Biermann Erl. 5 zu § 985, der nur den unredlichen Besitzer die Kosten tragen läßt), im übrigen, wie z. B. die Kosten der Abholung, der Eigentümer zu tragen; ein Erstattungsanspruch des letzteren kann nur aus einem besonderen Grunde (einer unerlaubten Handlung des Besitzers ꝛc.) hergeleitet werden.

§. 986. Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigenthümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Ist der mittelbare Besitzer dem Eigenthümer gegenüber zur Ueberlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt, so kann der Eigenthümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wiederübernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen.

Der Besitzer einer Sache, die nach §. 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigenthümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen.

Für die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe sind die Vorschriften der §§ 883, 885, 886 der CPO. maßgebend. Wegen Nichterfüllung der Herausgabepflicht nach rechtskräftiger Verurteilung kann der Eigentümer nach § 283 des BGB. Schadensersatz verlangen, jedoch nur gegen Abtretung der ihm auf Grund des Eigentums etwa gegen Dritte zustehenden Ansprüche (§ 255).

b) Gegenüber dem mittelbaren Besitzer geht der Anspruch auf Übertragung des mittelbaren Besitzes (oben Erl. b β; a. A. Endemann § 90 Nr. 2b2), d. h. nach § 870 auf Abtretung des Herausgabeanspruch, der dem mittelbaren Besitzer auf Grund des den mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisses zusteht. Die Abtretung erfolgt durch Vertrag. Für die Vollstreckung des auf die Übertragung des mittelbaren Besitzes gerichteten Urteils ist der § 894 der CPO. maßgebend; die Abtretungserklärung gilt danach mit dem Eintritte der Rechtskraft als erfolgt.

c) Ergänzt und teilweise geändert wird der § 985 in betreff des Gegenstandes des Anspruchs durch den § 986 Abs. 1 Satz 2 für den Fall, daß der Besitzer sein Recht zum Besitze von einem zur Überlassung des Besitzes nicht befugten mittelbaren Besitzer ableitet.

3. **Die Abtretbarkeit des Eigentumsanspruchs auf Herausgabe** ist im § 255 allgemein und im § 931 besonders für bewegliche Sachen vorausgesetzt und dadurch mittelbar anerkannt. Sie folgt aus der entsprechenden Anwendung der für die Schuldverhältnisse geltenden Vorschriften auf die dinglichen Ansprüche (vgl. Bd. II S. 4).

Die Abtretung des Eigentumsanspruchs kann bei beweglichen Sachen nach § 931 die Übertragung des Eigentums selbst vermitteln, wenn nämlich die Einigung über den Eigentumsübergang hinzukommt. Abgesehen hiervon führt sie eine Änderung des Eigentums weder bei beweglichen Sachen noch bei Grundstücken herbei. Gelangt die Sache nach der Abtretung in den Besitz eines anderen, so wird es regelmäßig dem Sinne des Abtretungsvertrags entsprechen, daß die Abtretung sich auch auf den Anspruch gegen den neuen Besitzer erstrecken soll. Gelangt die Sache in den Besitz des Eigentümers zurück, so erlischt der abgetretene Anspruch und kann daher selbstverständlich nicht gegen den Eigentümer selbst geltend gemacht werden, unbeschadet einer etwaigen obligatorischen Verpflichtung des letzteren zur Herausgabe der Sache.

Im Konkurse des Eigentümers ist die Abtretung des Eigentumsanspruchs, abgesehen vom Falle des § 931 und unbeschadet eines durch die Abtretung begründeten Rechtes an der Sache (§ 1032 Satz 2, vgl. dagegen § 1205 Abs. 2), unwirksam, da die Sache trotz der Abtretung zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört und dem Erwerber des Anspruchs weder ein Aussonderungs- noch ein Absonderungsrecht zusteht.

4. **Über die Verjährung des Eigentumsanspruchs** vgl. namentlich Bd. I S. 334 Erl. 3 zu § 194 und bezüglich des Anspruchs des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers den § 902 Abs. 1 Satz 1.

§ 986.

E. I § 804 Satz 2, § 942; II § 900 rev. § 971; III § 970. M. I S. 3409 ff., 4217 f.; M. III S. 96, 421 f. P. II Bd. 3 S. 201 ff., 334 f.

Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten, Hallesche Festgabe f. Dernburg S. 116 ff.; Wolff, Das Recht zum Besitze, Festgabe der Berliner juristischen Gesellschaft f. Koch S. 150 ff.; Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, 1904 S. 194 ff.

Der § 986 regelt die Einwendungen des Besitzers aus einem Rechte zum Besitz, und zwar enthält der Abs. 1 eine allgemeine Vorschrift über die Einrede aus einem gegenüber dem Eigentümer selbst wirksamen Rechte zum Besitze, der Abs. 2 eine besondere Vorschrift für den Fall, daß der Eigentümer einer beweglichen Sache das Eigentum durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erworben hat. (Über die fernere Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen vgl. § 1000.)

1. **Nach Abs. 1** hat der (unmittelbare oder mittelbare) Besitzer gegen den Anspruch auf Herausgabe eine aufschiebende Einrede (vgl. Bd. I S. 53 und insbesondere § 202; s. aber auch Erl. 5b zu § 1004) in folgenden Fällen:

a) wenn er selbst dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Dieses Recht kann sich gründen

α) auf ein Recht an der Sache, wie z. B. Erbbaurecht, Nießbrauch, Wohnungsrecht (§ 1036 Abs. 1, § 1093), Pfandrecht. Die Zulassung einer Einrede aus einem dinglichen Rechte ist lediglich eine Folgerung aus dem Grundsatze des § 904, wonach der Inhalt des Eigentums in den Rechten Dritter eine Schranke findet. Zur Begründung der Einrede genügt aber auch

β) ein dem Eigentümer gegenüber wirksames persönliches Recht des Besitzers zum Besitze. Ein solches Recht kann durch Rechtsgeschäft begründet sein und ist dann von der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts abhängig, wie das des Mieters (Rspr. 8 S. 422 gegen Rspr. 7 S. 11 über den Fall eines wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtigen Mietvertrags) oder das des Pächters, welches bei Grundstücken nach Maßgabe der §§ 571ff. auch gegenüber einem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Vermieters 2c. wirksam ist, ferner das Recht des Käufers eines Grundstücks, dem letzteres übergeben ist; die dem preußischen Rechte eigentümliche Ausschließung der exceptio rei venditae et traditae gegenüber der Klage des eingetragenen Eigentümers (Eigentumserwerbsgesetz v. 5. Mai 1872 § 7) ist dem BGB. fremd. Auch wenn der Käufer den Besitz nicht durch Übergabe, sondern auf andere Weise erlangt, gibt ihm der Kaufvertrag ein Recht zum Besitze (Wolff S. 153ff.). Ein bloßer Vorvertrag über einen künftigen Verkauf begründet dagegen kein Recht zum Besitze (RG. in Gruch. 48 S. 943). Bei Grundstücken kann der Besitzer dem Eigentümer ein von dessen Rechtsvorgänger bestelltes obligatorisches Recht zum Besitze entgegensetzen, wenn es durch Vormerkung gesichert ist (Wolff S. 159). Ein Zurückbehaltungsrecht des Besitzers (§ 273) gibt ihm gleichfalls ein Recht zum Besitze (Rspr. 4 S. 27). Auch auf familien- oder erbrechtlichen Verhältnissen kann das Recht zum Besitze beruhen, wie das des Mannes an den eingebrachten Sachen der Frau (§1373) oder das des Testamentsvollstreckers (§ 2205).

Im Konkurse des Eigentümers ist die Zulässigkeit der Einrede aus einem persönlichen Rechte gegenüber dem Konkursverwalter davon abhängig, daß dieses der Konkursmasse gegenüber wirksam ist, wie z. B. das des Mieters oder Pächters nach § 21 der KO. (vgl. über diese streitige Frage Wolff S. 159 und die dort Angef.).

b) wenn der mittelbare Besitzer, von dem der auf Herausgabe belangte Besitzer sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber in dem zu a erläuterten Sinne zum Besitze berechtigt ist.

α) Die Voraussetzung, daß der Besitzer sein Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ableitet, liegt sowohl dann vor, wenn der Besitzer dem mittelbaren Besitzer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, wie der Mieter des Nießbrauchers, als auch dann, wenn er ihm gegenüber zum Besitze verpflichtet ist, wie der Verwahrer des Nießbrauchers. Dagegen findet die Annahme Wolffs S. 164ff., daß zur Begründung der Einrede auch ein Besitzrecht des Besitzers gegen einen Dritten, der nicht mehr mittelbarer Besitzer ist oder es nie gewesen ist, dann genüge, wenn der Dritte nur seinerseits dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, daß also, wenn A sein Grundstück an B und dieser es an C verkauft und C den Besitz erlangt hat, letzterer dem Eigentumsanspruch des A die Einrede entgegensetzen könne, im Gesetze keine Grundlage (vgl. auch Stammler S. 168; Rappaport S. 205f.).

β) Die hier fragliche Voraussetzung ist an sich auch dann gegeben, wenn der dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigte mittelbare Besitzer der Sache zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt war, wie z. B. der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters zur Untervermietung. Indessen würde es in diesem Falle dem Rechte des Eigentümers widersprechen, wenn der Besitzer durch Erhebung der Einrede aus dem Besitzrechte des mittelbaren Besitzers die Abweisung des Herausgabeanspruchs erzielen könnte. Der Abs. 1 Satz 2

gibt dem Eigentümer deshalb einem solchen Besitzer gegenüber das Recht, die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer und, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an sich selbst zu verlangen. Hat also der Eigentümer gegen den Besitzer auf Herausgabe an ihn selbst geklagt und erhebt der Besitzer die Einrede aus dem Besitzrechte des mittelbaren Besitzers, so hat der Eigentümer einerseits darzutun, daß der mittelbare Besitzer ihm gegenüber zur Überlassung des Besitzes nicht befugt war, anderseits entweder den Klagantrag nachträglich auf Herausgabe an den mittelbaren Besitzer zu richten oder nachzuweisen, daß letzterer den Besitz nicht wiederübernehmen kann oder will (vgl. wegen dieser Voraussetzung oben S. 67 Erl. 1b zu § 869). Übrigens kann der Eigentümer selbstverständlich auch von vornherein nach Maßgabe des § 986 Abs. 1 Satz 2 klagen. An der Voraussetzung mittelbaren Besitzes desjenigen, auf dessen Besitzrecht dem Eigentümer gegenüber der Besitzer die Einrede stützt, ist auch hier festzuhalten (ebenso Rappaport S. 209f., a. A. Wolff S. 167ff.).

γ) Prozessual gelten für den Fall, daß der Besitzer sein Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ableitet, die Vorschriften des § 76 der CPO. über die Benennung des mittelbaren Besitzers (nominatio auctoris).

2. Abs. 2. a) Die Voraussetzung, daß die den Gegenstand des Eigentumsanspruchs bildende Sache nach § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs veräußert worden ist, liegt sowohl dann vor, wenn der Eigentümer, er mag mittelbarer Besitzer sein oder nicht, die Sache nach § 931 veräußert hat, als auch dann, wenn ein Nichteigentümer, der mittelbarer Besitzer ist, die Sache an einen gutgläubigen Erwerber veräußert hat (§ 934). Der weitere Fall, daß ein Nichteigentümer, der nicht mittelbarer Besitzer ist, die Sache durch Abtretung des ihm zustehenden dinglichen Herausgabeanspruchs an einen gutgläubigen Erwerber veräußert, kommt hier nicht in Betracht, da in diesem Falle der Erwerber erst dann Eigentümer wird, wenn er den Besitz der Sache erlangt.

b) In den vorerwähnten Fällen gestattet der Abs. 2 dem Besitzer, dem neuen Eigentümer, d. h. dem — von dem abgetretenen Anspruch des bisherigen Eigentümers an sich unabhängigen — Eigentumsanspruche des neuen Eigentümers, die Einwendungen entgegenzusetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Der abgetretene Anspruch ist im Falle der Veräußerung durch den Eigentümer, je nachdem dieser mittelbarer Besitzer ist oder nicht, entweder der Eigentumsanspruch und der Anspruch aus dem den mittelbaren Besitz begründenden Rechtsverhältnisse oder nur der erstere Anspruch, im Falle der Veräußerung durch den Nichteigentümer nur der letztere Anspruch (Erl. 3a zu § 931, Erl. 1, 3 zu § 934). Für die hier fragliche Befugnis des Besitzers kommen nur die Einwendungen gegen den Anspruch aus dem Rechtsverhältnisse, das dem mittelbaren Besitz zugrunde liegt, in Betracht, und zwar ist jene Befugnis nur dann von Bedeutung, wenn dieses Rechtsverhältnis dem Besitzer nicht ein ohnehin dem Erwerber gegenüber wirksames Recht zum Besitze, d. h. ein dingliches Recht gewährt, da sonst der Besitzer schon durch § 986 Abs. 1 geschützt ist (vgl. auch § 936 Abs. 3). Damit der Besitzer durch die ohne seine Mitwirkung vollzogene Veräußerung eine Beeinträchtigung seiner Rechtslage nicht erleidet, gestattet ihm das Gesetz auch die Geltendmachung von Einwendungen aus einem ihm dem Veräußerer gegenüber zustehenden persönlichen Rechte zum Besitze.

Nach den hier entsprechend anwendbaren Vorschriften über die Abtretung einer Forderung kann der Besitzer dem Erwerber eine Einwendung nicht nur dann entgegensetzen, wenn sie zur Zeit der Abtretung begründet war (§ 404), sondern auch dann, wenn sie durch ein nachher zwischen ihm und dem Veräußerer vorgenommenes Rechtsgeschäft, z. B. eine Verlängerung des Mietvertrags, begründet wird, es sei denn, daß der Besitzer die Abtretung bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt (§ 407 Abs. 1).

c) Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des Abs. 2 erachtet Kohler, Arch. f. Bürg. R. 18 S. 94f., dann für zulässig, wenn jemand das Eigentum an einer im Besitz eines Dritten befindlichen Sache mittels brevi manu traditio dadurch erwirbt, daß der Dritte als sein Vertreter mit dem bisherigen Eigentümer, dem er, z. B. als Mieter, Besitz vermittelt, die erforderliche Einigung abschließt. Indessen würde ein solcher Eigentumserwerb durch brevi manu traditio voraussetzen, daß der Erwerber zur Zeit der Einigung bereits im mittelbaren Besitze der Sache wäre (§ 929 Satz 2), daß also der im Besitze der Sache befindliche Dritte bereits ein dem Erwerber gegenüber unmittelbar wirksames Recht zum Besitze hätte. Die den mittelbaren Besitz des Erwerbers begründende Vereinbarung zwischen diesem und dem Dritten könnte entweder dahin gehen, daß der Erwerber vom Zeitpunkte des Eigentumserwerbes an

in das Rechtsverhältnis, auf dem der bisherige mittelbare Besitz des Veräußerers beruht, eintreten sollte, oder sie könnte ein von diesem Rechtsverhältnis unabhängiges Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Dritten begründen. Im ersten Falle wäre die Zulässigkeit von Einwendungen aus dem zwischen dem Veräußerer und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnis gegenüber dem Erwerber eine Folge seines Eintritts in jenes Rechtsverhältnis; im zweiten Falle würde sich die Zulassung jener Einwendungen gegenüber dem Erwerber nicht rechtfertigen.

Dagegen erscheint eine entsprechende Anwendung des § 986 Abs. 2 in dem von Wolff S. 157f. erwähnten, freilich wenig praktischen Falle zulässig, wenn der Eigentumsanspruch nicht auf Erwerb des Eigentums durch rechtsgeschäftliche Übertragung, sondern auf Ersitzung und diese auf einen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegründeten mittelbaren Besitz gestützt wird. Auch in diesem Falle wird daher der beklagte Besitzer dem dinglichen Anspruche die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehenden Einwendungen entgegensetzen können.

§§ 987—993.

1. **Zweck und Bedeutung.** Die §§ 987—993 regeln selbständig und erschöpfend die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange der Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Herausgabe von Nutzungen der Sache und zum Schadensersatze verpflichtet ist. Das Bedürfnis für eine besondere Regelung ergibt sich daraus, daß die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse teils zu einer dem bisherigen Rechte und der Rücksicht auf den Besitzer widerstreitenden Überspannung des Eigentumsschutzes führen, teils zu einem wirksamen Schutze des Eigentümers nicht ausreichen würde. Mangels besonderer Vorschriften kämen zunächst die Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen in Betracht. Aus ihnen könnte die Folgerung hergeleitet werden, daß jeder, der in auch nur fahrlässiger Verkennung fremden Eigentums eine Sache in Besitz nimmt oder nach dem Besitzerwerb über sie verfügt, dadurch dem Eigentümer zum Schadensersatze verpflichtet werde. Diese Folgerung wäre jedoch unvereinbar mit den Vorschriften über den Eigentumserwerb auf Grund des guten Glaubens, die Ersitzung und den Fruchterwerb des redlichen Besitzers. Die deliktmäßige Haftung des Besitzers bedarf daher der Einschränkung (§ 992). Die Vorschriften über unerlaubte Handlungen wären anderseits zum Schutze des Eigentümers demjenigen Besitzer gegenüber unzureichend, welcher den Besitz gutgläubig erworben, später aber den Mangel seines Rechtes zum Besitz erfahren hat, da aus ihnen eine Haftung dieses Besitzers, außer wegen der einzelnen an der Sache Schaden stiftenden Handlungen, nicht oder doch nicht mit Sicherheit abzuleiten wäre. Die Haftung des unredlichen Besitzers als solchen ist deshalb selbständig zu regeln (§ 990, § 991 Abs. 1). Weiter würde die Anwendung der Vorschriften des § 280 in Frage kommen, nach denen der Schuldner, soweit die ihm obliegende Leistung infolge eines von ihm zu vertretenen Umstandes unmöglich wird, dem Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten hat. Die Anwendung dieser Vorschriften auf den Eigentumsanspruch würde dahin führen, daß der Besitzer einer Sache, wenn er in fahrlässiger Verkennung des einem anderen daran zustehenden Eigentums den Besitz der Sache aufgibt und dadurch die von ihm geschuldete Einräumung des Besitzes unmöglich macht, dem Eigentümer zum Schadensersatze verpflichtet wäre. Gegen eine soweit gehende Haftung sprechen dieselben Gründe die oben gegen die Anwendung der Vorschriften über unerlaubte Handlungen hervorgehoben sind. Auch in dieser Beziehung ist also eine Einschränkung erforderlich. Was sodann die allgemeinen Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung betrifft, so würde ihre Anwendung gegenüber dem redlichen Besitzer in Ansehung der Nutzungen zu unangemessenen Ergebnissen führen und muß daher eingeschränkt werden (§ 993). Dazu kommt das Bedürfnis zur Bestimmung der Haftung des Besitzers nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs (§§ 987, 989).

2. **Die Anordnung der §§ 987ff. ist folgende:**

An die Spitze gestellt sind, abweichend vom E. I, die Vorschriften über die Haftung des Prozeßbesitzers (§§ 987, 989), weil auf sie mehrfach an anderen Stellen verwiesen ist (§§ 292, 347, 2023) und daher eine selbständige Regelung dieser Haftung zweckmäßig erschien. Zwischen diese Vorschriften ist eine Bestimmung über die ausnahmsweise Haftung des redlichen Besitzers vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit eingeschoben (§ 988). Es folgen die Vorschriften über die Haftung des unredlichen Besitzers (§ 990, § 991 Abs. 1), denen wieder eine Vorschrift über die Haftung eines redlichen Besitzers für Schäden angeschlossen ist (§ 991 Abs. 2), ferner über

§. 987. Der Besitzer hat dem Eigenthümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht.

Zieht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft ziehen könnte, so ist er dem Eigenthümer zum Ersatze verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt.

---

die Haftung des Besitzers nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§ 992), endlich über die Haftung des redlichen Besitzers, bei dem die sonstigen Gründe der Haftung nicht vorliegen (§ 993).

§ 987.

E. I § 933; II § 901 rev. § 972; III § 971. P. I S. 4166 ff., 4273, 4277 f., 11981, 11987, 12011 ff.; M. III S. 407 f. P. II Bd. 3 S. 336 ff., 341, 371 ff.; Bd. 6 S. 236 f. D. S. 666.

1. **Zweck und Grundgedanken.** Der § 987 regelt zusammen mit dem § 989 die Wirkungen, die sich an den Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer knüpfen, und zwar in Ansehung der Herausgabe und Vergütung der Nutzungen (§ 987) und des Schadensersatzes wegen Verschlechterung, Unterganges oder anderweitiger Unmöglichkeit der Herausgabe (§ 989). Die Vorschriften beruhen auf dem Gedanken, daß der Besitzer durch den Eintritt der Rechtshängigkeit zwar nicht für den Schaden verantwortlich wird, der dem Kläger aus dem Unterbleiben der sofortigen Rückgabe der Sache entsteht, wohl aber verpflichtet wird, während des Rechtsstreits auf die Erhaltung und Nutzbarmachung der Sache alle Sorgfalt zu verwenden, damit der Gegenstand der schließlichen Rückgabe, die Sache nebst den Prozeßnutzungen, nicht vermindert werde. Der Besitzer muß, wie es in der Denkschrift heißt, mit der Möglichkeit eines ihm ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits rechnen und sich deshalb gewissermaßen als Verwalter einer fremden Sache betrachten.

2. **Voraussetzung der im § 987 bestimmten Haftung des Besitzers** ist, daß ihm gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist.

a) Erforderlich ist die Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs auf Herausgabe der Sache (§ 985). Dies war im E. I § 933 ausdrücklich ausgesprochen und versteht sich nach dem Zusammenhange von selbst. Die Rechtshängigkeit tritt mit der Zustellung der Klage oder der späteren Geltendmachung des Anspruchs in der mündlichen Verhandlung ein (CPO. § 253 Abs. 1, § 263 Abs. 1, § 281; vgl. auch EG. Art. 152).

b) Jeder Besitzer unterliegt nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit der im § 987 bestimmten Haftung, also nicht nur, wie nach dem E. I, der (unmittelbare oder mittelbare) Eigenbesitzer und derjenige unmittelbare Besitzer, welcher dem Eigenbesitzer mittelbaren Besitz vermittelt, sondern auch derjenige, welcher dem Eigentümer selbst mittelbaren Besitz vermittelt, d. h. auf Grund eines dem Eigentümer gegenüber vermeintlich bestehenden Verhältnisses der im § 868 bezeichneten Art, z. B. als vermeintlicher Pächter oder Nießbraucher des Eigentümers, besitzt.

c) Die Haftung beschränkt sich auf denjenigen Besitzer, welchem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist. Dies gilt namentlich für die Fälle des mittelbaren Besitzes. Klagt der Eigentümer nur gegen den mittelbaren Besitzer, so wird dadurch der unmittelbare Besitzer nicht nach § 987 verpflichtet und ist daher zur Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen nur verbunden, wenn die Voraussetzungen der §§ 988, 991, 992 oder des § 993 Abs. 1 Satz 1 vorliegen; Kenntnis von dem gegen den mittelbaren Besitzer anhängigen Rechtsstreite begründet nicht ohne weiteres die im § 991 vorausgesetzte Kenntnis des unmittelbaren Besitzers von dem Mangel des Rechtes zum Besitze. Klagt der Eigentümer nur gegen den unmittelbaren Besitzer auf Herausgabe der Sache, so wird der mittelbare Besitzer dadurch nicht nach § 987 verpflichtet. Dagegen haftet der verklagte unmittelbare Besitzer nach § 987 unabhängig davon, ob auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber die Voraussetzungen des § 987 oder des § 990 vorliegen. Hierin liegt eine Abweichung von der Vorschrift des § 991 Abs. 1 über die Haftung des bösgläubigen Besitzers und von dem E. I § 933, der auch den dem jetzigen § 991 entsprechenden § 932 Abs. 2 auf die Haftung des Inhabers nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit für anwendbar erklärte (vgl. M. III S. 408). Daß diese Änderung des E. I von der zweiten Kommission beabsichtigt sei, erhellt aus den Protokollen nicht. Indessen gestattet die zweifelsfreie Fassung des § 987 nicht, den Gedanken des § 991 Abs. 1 in den

§. 988. Hat ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt, den Besitz unentgeltlich erlangt, so ist er dem Eigenthümer gegenüber zur Herausgabe der Nutzungen, die er vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

---

§ 987 hineinzutragen. Der mit § 991 Abs. 1 bezweckte Schutz des gutgläubigen mittelbaren Besitzers gegen Ersatzansprüche, die der unmittelbare Besitzer wegen Entziehung der Nutzungen gegen ihn erheben könnte, versagt hiernach im Falle der Klageerhebung gegen den unmittelbaren Besitzer.

3. Der Inhalt der im § 987 bestimmten Haftung des Prozeßbesitzers ist ein zwiefacher.

a) Abs. 1. Der Prozeßbesitzer hat die nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen herauszugeben. Nutzungen sind einerseits die Früchte der Sache, sowohl die natürlichen, d. h. die Erzeugnisse der Sache und die aus ihr ihrer Bestimmung gemäß gewonnene sonstige Ausbeute, als auch die bürgerlichen Früchte, d. h. die Erträge, welche die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt, anderseits die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt (§ 99 Abs. 1, 3, § 100). Die Herausgabepflicht erstreckt sich auf alle vom Besitzer gezogenen Nutzungen ohne Unterschied, ob sie auch vom Eigentümer gezogen worden wären; die Verpflichtung geht insoweit über die Haftung aus einer ungerechtfertigten Bereicherung oder aus einer unerlaubten Handlung hinaus.

Die natürlichen Früchte sind herauszugeben, auch soweit sie nach den §§ 955—957 Eigentum des Besitzers geworden sind. Wegen Nichterfüllung der Herausgabepflicht haftet der Besitzer nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 280, 283), also nur, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe von ihm verschuldet ist. Die strengere gemeinrechtliche Haftung des unredlichen Besitzers für zufälligen Untergang, falls dieser die Früchte nicht erweislich auch bei dem Eigentümer getroffen hätte, kennt das BGB. nicht.

Bürgerliche Früchte und Gebrauchsvorteile sind in Geld zu erstatten.

Nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit gezogen sind natürliche Früchte, wenn sie nach diesem Zeitpunkte getrennt, bürgerliche Früchte, die in der Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses oder in regelmäßig wiederkehrenden Erträgen bestehen, insoweit, als sie auf die Zeit nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit entfallen, andere bürgerliche Früchte, wenn sie nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit fällig werden (§ 993 Abs. 2).

b) Abs. 2. Der Besitzer hat von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen Ersatz zu leisten. Die Frage, welche Nutzungen der Besitzer hätte ziehen können, ist ohne Unterschied zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer nach einem objektiven Maßstabe, nämlich nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft, zu entscheiden. Verschulden ist Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 276). Zu ersetzen ist der Wert der Nutzungen, nicht auch, wie nach dem E. I § 933 verb. mit § 931, der sonstige Schaden, den der Eigentümer etwa dadurch, daß die Nutzungen nicht gezogen sind, erleidet, es sei denn, daß die Sache selbst dadurch verschlechtert ist (§ 989).

4. Prozessuales. Der im § 987 geregelte Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen ist seiner Voraussetzung nach durch die Erhebung der Klage auf Herausgabe der Sache bedingt und wird regelmäßig in derselben Klage als Nebenforderung geltend gemacht werden (vgl. CPO. § 4 Abs. 1). Notwendig ist die Verbindung beider Ansprüche aber nicht. Die Abweisung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache muß auch zur Abweisung des hier fraglichen Anspruchs führen, da dieser nur dem obsiegenden Kläger davor bewahren soll, daß er durch die Hinausschiebung der Herausgabe Schaden erleidet.

§ 988.

E. II § 902 rev. § 973; III § 972. P. II Bd. 3 S. 349 f.

1. Grundgedanke. Die von der zweiten Kommission aufgenommene Vorschrift des § 988 beruht auf demselben Gedanken wie die des § 816 Abs. 1 Satz 2. Wie nach dieser derjenige, welcher durch die unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten auf Grund seines guten Glaubens ein Recht erwirbt, dem Berechtigten zur Herausgabe des Erlangten nach den Vor-

§. 989. Der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigenthümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß in Folge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.

---

schriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet ist, so wird durch § 988 der gutgläubige Besitzer, der den Besitz unentgeltlich erlangt hat, in gleicher Weise zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet, obwohl er nach § 955 das Eigentum an den Früchten der Sache erwirbt.

Der § 988 enthält eine Ausnahme von der Regel des § 987, wonach der gutgläubige Besitzer erst von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet ist. Dies ist auch der Grund, weshalb sie zwischen die Bestimmungen über die Haftung des Besitzers nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit eingeschoben ist.

2. Voraussetzung des im § 988 bestimmten Anspruchs ist:

a) daß der (unmittelbare oder mittelbare) Besitzer einer Sache entweder Eigenbesitzer ist oder die Sache zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an ihr besitzt. Diese Voraussetzung stimmt mit der positiven Voraussetzung des Fruchterwerbes des gutgläubigen Besitzers überein (§ 955). Die für den Fruchterwerb aufgestellte negative Voraussetzung, daß der Besitzer nicht in bösem Glauben ist, kommt hier nicht in Betracht, da der böse Glaube des Besitzers die über den § 988 hinausgehende Haftung nach § 990 begründet;

b) daß der Besitzer den Besitz unentgeltlich erlangt hat, z. B. auf Grund einer schenkweise erfolgten nichtigen Auflassung oder auf Grund der schenkweise erfolgten nichtigen Bestellung eines Nießbrauchs.

3. Der Anspruch geht auf Herausgabe aller von dem Erwerbe des Besitzes an gezogenen Nutzungen, also nicht nur, wie nach dem von der zweiten Kommission angenommenen Antrage, der natürlichen Früchte, an denen der Besitzer nach § 955 Eigentum erwirbt, sondern auch der bürgerlichen Früchte und der Gebrauchsvorteile, jedoch nur auf Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Insbesondere ist also die Verpflichtung ausgeschlossen, soweit der Besitzer durch die Nutzungen nicht mehr bereichert ist.

Nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs auf Herausgabe der Sache haftet auch ein Besitzer der im § 988 bezeichneten Art nach § 987 in weiterem Umfange.

§ 989.

E. I § 933; II § 903 rev. § 974; III § 973. P. I S. 4106 ff., 4273, 4277 f., 11981, 11987, 12011 ff.; M. III S. 407 f. P. II Bd. 3 S. 336 ff., 341, 371 ff.; Bd. 6 S. 236 f. D. S. 666.

1. Über den Grundgedanken des § 989 vgl. Erl. 1 zu § 987.

2. Bezüglich der Voraussetzung der im § 989 bestimmten Haftung des Besitzers gilt das in der Erl. 2 zu § 987 Bemerkte.

3. Umfang der Haftung. Die durch die Rechtshängigkeit begründete Schadensersatzpflicht beschränkt sich auf den im § 989 bezeichneten Schaden. Sie umfaßt insbesondere nicht den Schaden, der dem Eigentümer dadurch entsteht, daß ihm die Sache nicht sofort herausgegeben wird, und zwar auch nicht bei Unredlichkeit des Besitzers, da auch der unredliche Besitzer berechtigt und im Interesse des wahren Eigentümers verpflichtet ist, vor der Herausgabe der Sache den Nachweis des Eigentums des Klägers zu erwarten.

Der Prozeßbesitzer hat nur den Schaden zu ersetzen, der entsteht

a) durch eine von ihm verschuldete Verschlechterung der Sache, sei es eine physische, sei es eine rechtliche, wie im Falle der Belastung der Sache;

b) durch eine von ihm verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache, mag die Unmöglichkeit eine objektive sein, wie im Falle des Unterganges der Sache, oder eine nur subjektive, wie im Falle der Aufgabe des Besitzes. Auch wenn der Prozeßbesitzer die Sache auf Grund des Rechtsverhältnisses, vermöge dessen er den Besitz erworben hat, einem Dritten zurückgibt, z. B. der Käufer wegen Nichtverschaffung des Eigentums dem Verkäufer, der Mieter dem Vermieter, wird er dem Eigentümer für den dadurch entstehenden Schaden verantwortlich. Ein Antrag, welcher für solche Fälle die Ersatzpflicht, zwar nicht des

§. 990. War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigenthümer von der Zeit des Erwerbes an nach den §§. 987, 989. Erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntniß an.

Eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs bleibt unberührt.

Prozeßbesitzers, aber des unredlichen Besitzers ausschließen wollte, ist von der zweiten Kommission abgelehnt. Die durch Veräußerung der Sache herbeigeführte Unmöglichkeit der Herausgabe ist stets als eine verschuldete anzusehen (Rspr. 8 S. 191). Der Schadensersatzanspruch nach § 989 ist auch dann begründet, wenn der Prozeßbesitzer die Sache derart veräußert, daß der Erwerber Eigentümer wird; denn die Grundlage des Anspruchs besteht in dem Eigentume des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit in Verbindung mit der Verletzung der gesetzlichen Fürsorgepflicht des Besitzers.

Die Voraussetzung des § 989 wird auch dann als gegeben anzusehen sein, wenn der in Anspruch genommene unmittelbare Besitzer die Sache in der Art einem anderen übergibt, daß er mittelbarer Besitzer wird; denn er hat sich hierdurch in die Unmöglichkeit versetzt, die ihm obliegende Leistung, nämlich die Einräumung des unmittelbaren Besitzes, zu bewirken. Das gegen den Beklagten ergehende Urteil auf Herausgabe der Sache wirkt zwar nach CPO. § 325 Abs. 1 auch gegen denjenigen, welcher den Besitz in der angegebenen Art erlangt hat. Der Eigentümer aber kann trotzdem dadurch, daß die Leistung dem Beklagten unmöglich geworden ist, einen Schaden erleiden, so insbesondere, wenn er die Sache von demjenigen, welchem der Beklagte sie überlassen hat, aus irgendeinem Grunde nicht erlangen kann.

Für die Schadensersatzleistung gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff.

4. **Prozessual** liegt in der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen Verschlechterung eine Erweiterung des Klageantrags in bezug auf Nebenforderungen, in der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen Unmöglichkeit der Herausgabe die Forderung des Interesses statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ohne Änderung des Klagegrundes; als eine Änderung der Klage ist also nach § 268 der CPO. beides nicht anzusehen.

§ 990.

E. I § 931 Abs. 1, § 932 Abs. 1 Satz 1, § 934; II § 904 rev. § 975; III § 974. P. I S. 4166 f., 4169 ff., 4175 ff., 4273 ff., 6275, 11979 ff., 12010 ff.; M. III S. 403 ff., 408 f. P. II Bd. 3 S. 336 ff., 339 ff., 342 ff., 348, 371 ff.; Bd. 6 S. 236 f. D. S. 666.

1. **Zweck und Grundgedanke.** Der § 990 Abs. 1 regelt zusammen mit § 991 Abs. 1 das gesetzliche Schuldverhältnis, welches zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer durch die Unredlichkeit des letzteren begründet wird. Den Vorschriften liegt der Gedanke zugrunde, daß der Besitzer, der weiß, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, zur Fürsorge für die Erhaltung und Nutzbarmachung der Sache im Interesse des Eigentümers verpflichtet ist, d. h. für den von ihm verschuldeten Abgang an Sache und Nutzungen sowie für die von ihm versäumte Erzielung von Nutzungen dem Eigentümer einzustehen hat. Die gleiche Haftung wird demjenigen Besitzer auferlegt, welcher bei dem Besitzerwerbe nur infolge grober Fahrlässigkeit den Mangel des Rechtes zum Besitze nicht kennt.

Der § 990 Abs. 2 betrifft die Erweiterung der Haftung des unredlichen Besitzers wegen Verzuges.

2. **Die Voraussetzung der hier in Rede stehenden Haftung** ist gegeben:

a) wenn der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war (**Abs. 1 Satz 1**).

α) Der § 990 spricht zwar allgemein von dem Besitzer. Er wird aber durch den § 991 Abs. 1 eingeschränkt. Danach unterliegt der Haftung für Nutzungen und Schäden unbedingt nur der unredliche (unmittelbare oder mittelbare) Eigenbesitzer sowie derjenige unredliche (unmittelbare oder mittelbare) Besitzer, welcher entweder nicht einem anderen mittelbaren Besitz vermittelt, wie z. B. der Finder, oder dem Eigentümer selbst mittelbaren Besitz vermittelt. Dagegen unterliegt ein unredlicher (unmittelbarer oder mittelbarer) Besitzer, welcher einem anderen als dem Eigentümer mittelbaren Besitz vermittelt, unbedingt nur der Haftung wegen Schäden, während seine Haftung wegen der Nutzungen nach § 991 Abs. 1 davon abhängt, daß auch der mittelbare Besitzer als unredlicher Besitzer oder Prozeßbesitzer haftet.

Dem Eigentümer können mehrere Besitzer zugleich haften, nämlich ein unredlicher unmittelbarer und ein oder mehrere unredliche mittelbare Besitzer. Jeder haftet dann für die von ihm gezogenen oder versäumten Nutzungen und die von ihm verschuldeten Schäden. Von mehreren aufeinander folgenden unredlichen Besitzern haftet jeder für die während seines Besitzes gezogenen oder versäumten Nutzungen und verschuldeten Schäden.

β) Der Besitzer ist bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, wenn ihm bei dem Erwerbe bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist. Letzteres war sowohl im E. I als auch in dem von der zweiten Kommission angenommenen Antrag als derjenige Umstand bezeichnet, dessen Kenntnis (oder grobfahrlässige Nichtkenntnis) die Unredlichkeit begründet, und ist für die nachträglich eintretende Unredlichkeit auch im § 990 Abs. 1 Satz 2 noch als der entscheidende Umstand gekennzeichnet. Wenn also der Abs. 1 Satz 1 in Anknüpfung an die Begriffsbestimmung des § 932 Abs. 2 davon spricht, daß der Besitzer „nicht in gutem Glauben" war, so ist diese Ausdrucksweise hier ebenso ungenau wie im § 937 Abs. 2 (Erl. 2b*α* zu § 937). Die Gleichstellung der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis mit der Kenntnis ist, im Gegensatze zum E. I, von der zweiten Kommission entsprechend den Vorschriften des § 932 und des § 937 Abs. 2 beschlossen worden (vgl. Erl. 2 zu § 932).

Entscheidend ist des Näheren die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Besitzers davon, daß er dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitze berechtigt ist. Die Voraussetzung ist also bei einem Besitzer, der einem anderen als dem Eigentümer mittelbaren Besitz vermittelt, nicht schon dann gegeben, wenn er weiß oder aus grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er dem mittelbaren Besitzer gegenüber nicht zum Besitze berechtigt ist, daß z. B. sein Nießbrauchs-, Miet- oder Pachtrecht nicht besteht, sondern nur dann, wenn er weiß 2c., daß der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitze berechtigt ist, und seine Haftung dem Eigentümer gegenüber wird in dem letzteren Falle dadurch nicht ausgeschlossen, daß er dem mittelbaren Besitzer gegenüber zum Besitze berechtigt oder doch bezüglich dieser Berechtigung in gutem Glauben ist.

γ) Die Haftung beginnt in den hier fraglichen Fällen mit dem Erwerbe des Besitzes.

b) wenn der Besitzer später erfährt, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist (**Abs. 1 Satz 2**). Auch hier gilt das vorstehend unter **a** bei *α* und bei *β* am Schlusse Bemerkte (vgl. auch Erl. 2b*β* zu § 987).

Die Haftung beginnt mit der Erlangung der Kenntnis.

3. Der Inhalt der Haftung bestimmt sich nach § 987 (Erl. 3 dazu) und § 989 (Erl. 3 daselbst), soweit die Haftung nach § 987 nicht durch den § 991 Abs. 1 ausgeschlossen wird.

4. Der Abs. 2 beruht auf der Auffassung, daß die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse grundsätzlich ohne weiteres auf die dinglichen Ansprüche Anwendung finden, also auch die Vorschriften über den Verzug auf den Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache. Von diesem Standpunkt aus bedurfte es des im § 990 Abs. 2 enthaltenen Ausspruchs zunächst nur deshalb, weil der § 993 die in den §§ 987ff. gegebenen Bestimmungen über die Haftung des Besitzers als erschöpfende kennzeichnet. Der § 990 Abs. 2 hat aber außerdem die positive Bedeutung, daß er die Haftung wegen Verzugs, im Gegensatze zum E. I § 934, auf den unredlichen Besitzer beschränkt. Dies folgt aus dem Zusammenhange, demzufolge unter „Besitzer" im Sinne des § 990 Abs. 2 nur der im § 990 Abs. 1 bezeichnete, also der unredliche Besitzer zu verstehen ist, sowie aus dem § 993 Abs. 1.

a) Zur Begründung der Haftung des Besitzers wegen Verzugs der Herausgabe hat der Eigentümer hiernach nicht nur nachzuweisen, daß er den Besitzer zur Herausgabe gemahnt oder, was dem gleichsteht, auf Herausgabe verklagt habe (§ 284 Abs. 1), dergestalt, daß lediglich auf diesen Nachweis hin der Besitzer zur Abwehr seinerseits beweisen müßte, daß die Herausgabe ohne sein Verschulden unterblieben sei (§ 286), daß er insbesondere ohne Verschulden das Eigentum des Klägers nicht erkannt habe. Sondern der Eigentümer hat außer der Mahnung die Unredlichkeit des Besitzers darzutun und erst auf diesen Beweis hin hat der Besitzer den Entlastungsbeweis zu führen. Letzterer steht unter Umständen auch dem unredlichen Besitzer offen; denn wenn dieser auch weiß, daß er nicht zum Besitze berechtigt ist, so kann er sich doch über das Eigentum gerade des Klägers in entschuldbarer Unkenntnis befinden.

b) Die Haftung wegen Verzugs geht insofern weiter als die durch die Unredlichkeit begründete Haftung, als sie den gesamten durch den Verzug entstehenden Schaden

§. 991. Leitet der Besitzer das Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ab, so finden die Vorschriften des §. 990 in Ansehung der Nutzungen nur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des §. 990 auch bei dem mittelbaren Besitzer vorliegen oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist.

War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im §. 989 bezeichneten Schaden dem Eigenthümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist.

---

umfaßt (§ 286 Abs. 1), als ferner der Eigentümer unter der Voraussetzung des § 286 Abs. 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann und als der Besitzer nach Maßgabe des § 287 Satz 2 auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe verantwortlich ist.

§ 991.

E. I § 932 Abs. 2; II § 905 rev. § 976; III § 975. P. I S. 4166 f., 4169 ff., 4273 ff., 11980 ff., 12010 ff.; M. III S. 406. P. II Bd. 3 S. 337, 341 f., 345 ff., 371 ff.; Bd. 6 236 f.

Strohal, Sächs. Arch. 8 S. 341, Verhdl. d. 24. Dtsch. Juristentags Bd. 4 S. 137 ff.

1. Inhalt im allgemeinen. Der § 991 schränkt im Abs. 1 die Vorschriften des § 990 über die Haftung des unredlichen Besitzers ein, enthält dagegen im Abs. 2 eine Bestimmung über die Haftung eines redlichen Besitzers. Das Gemeinsame beider Vorschriften liegt darin, daß sie sich auf dieselbe Art von Besitzern beziehen, nämlich auf Besitzer, die ihr Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer, und zwar einem anderen als dem Eigentümer ableiten.

2. Abs. 1.

a) Vorausgesetzt ist hier ein im Sinne des § 990 Abs. 1 unredlicher Besitzer der in Erl. 1 bezeichneten Art.

b) Die Haftung eines solchen Besitzers in Ansehung der Nutzungen schränkt der Abs. 1 ein. Ist der mittelbare Besitzer in gutem Glauben, so erwirbt der unmittelbare Besitzer trotz seiner Unredlichkeit nach § 956 Abs. 2 das Eigentum an den natürlichen Früchten. Diese Bestimmung bezweckt, den redlichen mittelbaren Besitzer vor den Ansprüchen zu schützen, die der unmittelbare Besitzer gegen ihn erheben könnte, falls er die Früchte dem Eigentümer herausgeben müßte. Zu demselben Zwecke schließt der § 991 Abs. 1 bei Redlichkeit des mittelbaren Besitzers auch die Verpflichtung des unredlichen unmittelbaren Besitzers zur Herausgabe der sonstigen Nutzungen sowie zum Ersatze der durch sein Verschulden verschlechterten, untergegangenen oder nicht gezogenen Nutzungen aus. Und zwar wird nach dem Wortlaut und dem Grundgedanken des § 991 Abs. 1 der unredliche Besitzer auch nicht wegen Verzugs für die Nutzungen haftbar gemacht werden können.

Nur dann tritt die Haftung des unredlichen Besitzers für die Nutzungen ein, wenn entweder die Voraussetzungen des § 990 auch bei dem mittelbaren Besitzer vorliegen, d. h. wenn auch dieser im Sinne des § 990 Abs. 1 unredlich ist, oder wenn ihm gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten, d. h. der Anspruch auf Herausgabe gerichtlich geltend gemacht ist (vgl. Strohal a. a. O.).

c) Abgesehen von der Haftung für die Nutzungen gelten die Vorschriften des § 990 auch für einen unredlichen Besitzer der im § 991 Abs. 1 vorausgesetzten Art unverändert.

3. Abs. 2.

a) Grundgedanke. Die von der zweiten Kommission entsprechend einer Anregung von Bolze (Arch. f. d. civ. Pr. 74 S. 106, vgl. dagegen M. III S. 406 unten) aufgenommene Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß, wer eine Sache als eine fremde besitzt, durch schuldhafte Beschädigung der Sache das Eigentum als solches verletzt und daher dem wahren Eigentümer unmittelbar haften muß, auch wenn er redlicher Weise einen anderen für den Eigentümer gehalten hat.

b) Vorausgesetzt ist ein Besitzer der im Abs. 1 bezeichneten Art (vgl. Erl. 1). Von einem solchen Besitzer kann der Eigentümer den im Abs. 2 behandelten Schaden auch dann ersetzt verlangen, wenn der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes in gutem Glauben war. Der gute

§. 992. Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigenthümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

Glaube des Besitzers ist also nicht etwa, wie nach der Fassung angenommen werden könnte, eine von dem Eigentümer zu beweisende Voraussetzung des im § 991 Abs. 2 bestimmten Schadensersatzanspruchs.

c) Die Haftung umfaßt „den im § 989 bezeichneten Schaden", also nur solchen Schaden, welcher infolge Verschuldens des Besitzers entsteht, und auch diesen nur insoweit, als der Besitzer dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist. Der Besitzer hat demnach dem Eigentümer gegenüber nur denselben Grad des Verschuldens zu vertreten wie dem mittelbaren Besitzer gegenüber, z. B. wenn er die Sache unentgeltlich in Verwahrung hat, nur die Außerachtlassung der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 690). Dagegen hat der Besitzer zufälligen Schaden dem Eigentümer gegenüber auch dann nicht nach § 991 Abs. 2 zu vertreten, wenn er dem mittelbaren Besitzer, wie z. B. nach § 701, dafür verantwortlich ist (a. A. Biermann Erl. 2 zu § 991).

d) Über das Verhältnis des Ersatzanspruchs des Eigentümers zu dem des mittelbaren Besitzers und die rechtliche Natur des letzteren Anspruchs vgl. v. Tuhr in Krit. VJahresschr. 43 S. 588f.

§ 992.

E. I § 935; II § 906 rev. § 977; III § 976. P. I S. 4175f., 4179f.; M. III S. 410f. P. II Bd. 3 S. 345ff., 371ff.; Bd. 6 S. 236f. D. S. 666.

1. **Zweck und Bedeutung.** Der § 992 bestimmt die Voraussetzungen, unter denen der Besitzer dem Eigentümer gegenüber nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haftet, wie sich aus § 993 Abs. 1 ergibt, erschöpfend (RG. 56 S. 313), und zwar schränkt er sie im Verhältnisse zu den allgemeinen Grundsätzen über diese Haftung ein. Nach § 823 Abs. 1 begründet jede vorsätzliche oder fahrlässige widerrechtliche Verletzung des Eigentums eines anderen die fragliche Haftung. Der Besitzer einer fremden Sache könnte demnach schon dann nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen für haftbar erachtet werden, wenn er, ohne dazu berechtigt zu sein, in Kenntnis oder auch nur in fahrlässiger Unkenntnis des fremden Eigentums bezüglich der Sache eine schädigende Handlung vornähme. Demgegenüber beschränkt der § 992 die deliktmäßige Haftung auf solche unerlaubte Handlungen, durch welche sich der Besitzer den Besitz verschafft, während die nach dem Besitzerwerb an der Sache vorgenommenen Handlungen des Besitzers eine solche Haftung nicht begründen sollen, vielmehr die Haftung nach den §§ 990, 991 oder den §§ 987ff. als zum Schutze des Eigentümers ausreichend angesehen worden ist.

2. **Voraussetzung der deliktmäßigen Haftung des** (unmittelbaren oder mittelbaren) **Besitzers** ist, daß er sich den Besitz verschafft hat entweder

a) durch verbotene Eigenmacht, d. h. daß er dem früheren Besitzer die tatsächliche Gewalt ohne seinen Willen entzogen hat, ohne daß dies ausnahmsweise gesetzlich gestattet war (§ 858 Abs. 1 und Erl. dazu). Die verbotene Eigenmacht kann in gutem Glauben an das Recht des Täters zum Besitz oder in bösem Glauben verübt sein. Sie muß sich gegen den Eigentümer selbst richten, da nur in diesem Falle eine Haftung nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen dem Eigentümer gegenüber begründet ist. Aus demselben Grunde tritt die hier fragliche Haftung auch nur im Falle des Verschuldens des Täters ein (vgl. § 823 Abs. 2), also wenn er weiß oder nur aus Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er verbotene Eigenmacht begeht (zweifelnd Cosack Bd. 2 S. 164); oder

b) durch eine strafbare Handlung. Der gute Glaube des Täters schließt die Haftung nicht aus, so z. B. wenn der Täter in gutem Glauben an sein Eigentum sich den Besitz durch Nötigung oder Erpressung verschafft.

3. **Die Haftung umfaßt** den gesamten Schaden, der dem Eigentümer dadurch entsteht, daß der Besitzer sich den Besitz verschafft hat (§ 823), und geht insofern über die Haftung nach § 989 hinaus (Erl. 3 zu § 989). Wegen des Umfanges der Ersatzpflicht vgl. noch insbesondere die §§ 848, 849. Daß in betreff der gezogenen Nutzungen die hier fragliche Haftung hinter der im § 987 Abs. 1 bestimmten zurückbleibt, ist schon in der Erl. 3a zu § 987 bemerkt.

§. 993. Liegen die in den §§. 987 bis 992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor, so hat der Besitzer die gezogenen Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben; im Uebrigen ist er weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatze verpflichtet.

Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, finden auf ihn die Vorschriften des §. 101 Anwendung.

---

§ 993.

E. I § 794 Abs. 2, § 930 Abs. 1; II § 907 rev. § 978; III § 977. P. I S. 3361 ff., 3370 ff., 4159 ff., 4230 f., 4273 f., 4277, 4719 f., 4761, 11925, 11979 ff., 11986 f., 12005 f., 12010, 12013, 12016; M. III S. 75, 400 ff. P. II Bd. 3 S. 24, 345 ff., 371 ff.; Bd. 6 S. 236 f. D. S. 666. RB. S. 2001 f.

1. Der **Abs. 1** regelt die Haftung des Besitzers, bei dem die in den §§ 987 bis 992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vorliegen, d. h. des redlichen Besitzers (§ 990), der den Besitz weder im Sinne des § 988 unentgeltlich noch im Sinne des § 992 durch eine unerlaubte Handlung erlangt hat, bis zum Eintritte der Rechtshängigkeit. Ein solcher Besitzer ist

a) zur Herausgabe der Nutzungen nur insoweit verpflichtet, als er Früchte (§ 99 Abs. 1, 3) gezogen hat, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind; solche Früchte hat er nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. Diese von der Reichstagskommission aufgenommene Bestimmung beruht, ähnlich wie die §§ 581, 1039, 2133, auf der Erwägung, daß die Erzeugnisse sowie die sonstige bestimmungsmäßige Ausbeute einer Sache, soweit sie nur unter Beeinträchtigung der Substanz oder des Kapitalwerts der Sache gewonnen werden können, als Frucht im wirtschaftlichen Sinne nicht anzusehen sind, wenngleich sie unter den gesetzlichen Fruchtbegriff fallen (Erl. 1 zu § 99). Nach der hier gegebenen Vorschrift ist z. B. der Besitzer eines Waldes bezüglich des den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider geschlagenen Holzes zur Herausgabe verpflichtet.

Im übrigen ist ein Besitzer der im Eingange bezeichneten Art zur Herausgabe von Nutzungen nicht verpflichtet. Hierin liegt eine im wesentlichen dem früheren Rechte entsprechende positive Einschränkung der allgemeinen Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zugunsten des redlichen Besitzers. Sie gilt für jeden redlichen Besitzer, namentlich auch, abweichend vom E. I, für denjenigen, welcher ein vermeintliches dingliches oder obligatorisches Recht zum Besitze vom Eigentümer selbst herleitet. Da der redliche Besitzer nach den §§ 955—957 an den Früchten mit der Trennung das Eigentum erwirbt, kann auch ein dinglicher Anspruch des Eigentümers der Sache auf Herausgabe der Früchte nicht in Frage kommen; der diesen Anspruch vorbehaltende § 930 Abs. 2 des E. I ist deshalb gestrichen. Ebensowenig wie aus den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung kann eine Verpflichtung des Besitzers aus anderen allgemeinen Vorschriften, namentlich denen über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die Folgen des Verzugs (Erl. 4 zu § 990), abgeleitet werden.

Dagegen finden, abgesehen von der Haftung für Nutzungen, die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung auch auf einen Besitzer der hier fraglichen Art Anwendung. Er ist also nach Maßgabe dieser Vorschriften zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet, die er durch Verbrauch oder Veräußerung (§ 816 Abs. 1 Satz 1) der Sache erlangt. Eine Veräußerung des Besitzers, durch die der Erwerber nicht Eigentum erlangt, begründet übrigens keinen Bereicherungsanspruch des Eigentümers, da sie dessen Vermögen nicht vermindert, und hieran ändert auch der Umstand nichts, daß nachträglich die Sache bei dem Erwerber untergeht oder von ihm ersessen wird, wenngleich der Veräußerer dadurch von der Gewährleistungspflicht befreit wird (M. III S. 401; a. A. Jacubezky, Bemerkungen S. 245); denn auch in diesem Falle wird man nicht sagen können, daß der Besitzer etwas auf Kosten des Eigentümers erlangt hat (§ 812), und die Voraussetzung der besonderen Vorschrift des § 816 liegt nicht vor.

b) Zum Schadensersatz ist der redliche Besitzer, der den Besitz sich nicht durch eine unerlaubte Handlung verschafft hat (§ 992), bis zum Eintritte der Rechtshängigkeit dem Eigen-

tümer gegenüber überhaupt nicht verpflichtet. Die Schadensersatzpflicht darf weder aus den Vorschriften über die Haftung wegen unerlaubter Handlungen (Erl. 1 zu § 992) noch aus denen über die Folgen des Verzugs (Erl. 4 zu § 990) noch aus sonstigen Vorschriften hergeleitet werden, auch nicht gegenüber einem redlichen Besitzer, der sein vermeintliches Recht zum Besitze vom Eigentümer selbst ableitet. Die im § 993 Abs. 1 a. E. ausgesprochene Verneinung einer Ersatzpflicht des Besitzers bezieht sich nicht nur, wie nach den P. II (Bd. 3 S. 347) angenommen werden könnte, auf den im § 989 bezeichneten Schaden, sondern auch auf den Schaden, der dem Eigentümer dadurch entsteht, daß er die Sache nicht besitzt. Dagegen bezieht sie sich selbstverständlich nicht auf den Schaden, welcher dem Eigentümer durch Nichterfüllung der dem Besitzer durch rechtskräftiges Urteil auferlegten Verpflichtung zur Herausgabe erwächst. Dies ergibt sich für den Fall, daß der Beklagte als unmittelbarer Besitzer zur Herausgabe verurteilt ist, ohne weiteres aus den Grundsätzen über die Rechtskraft des Urteils; denn mit ihnen wäre es unvereinbar, wenn sich derjenige, welcher auf Grund der Feststellung seines unmittelbaren Besitzes rechtskräftig zur Herausgabe verurteilt ist, unter Berufung auf § 993 der Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ihm rechtskräftig auferlegten Herausgabepflicht mit dem Nachweis entziehen könnte, daß er schon vor dem Urteile nicht unmittelbarer Besitzer und deshalb ohne sein Verschulden zur Herausgabe außerstande gewesen sei. Das gleiche wird aber auch gegenüber dem als mittelbarer Besitzer rechtskräftig zur Herausgabe Verurteilten gelten müssen, selbst wenn man entgegen der oben S. 301 ff. vertretenen Ansicht eine Verurteilung zur Herausgabe im engeren Sinne als zulässig ansieht und hier als ergangen unterstellt; denn man würde einem auf Herausgabe im engeren Sinne lautenden Urteile nicht verschiedene Rechtswirkungen beilegen können, je nachdem es gegen den unmittelbaren oder den mittelbaren Besitzer ergangen ist.

2. Der Abs. 2 trifft Bestimmung über die Verteilung der Früchte zwischen dem Besitzer, dem bis zu einem bestimmten Zeitpunkte die Nutzungen verbleiben, und dem Eigentümer, indem er die Vorschriften des § 101 für anwendbar erklärt. Die Nutzungen verbleiben dem Besitzer, sofern er den Besitz nicht unentgeltlich oder durch eine unerlaubte Handlung erlangt hat, bis zum Eintritte der Rechtshängigkeit oder der Unredlichkeit. Daß er bis dahin gezogene Früchte insoweit, als er sie den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider gezogen hat, herausgeben muß, ist in der Fassung des Abs. 2, wie des § 994 Abs. 1 Satz 2 und des § 995 Satz 2, nicht berücksichtigt und daher auch bei ihrer Auslegung außer Betracht zu lassen (Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 884). Wegen der Anwendung des § 101 vgl. die Erl. zu diesem und Erl. 3a a. E. zu § 987.

§§ 994—1003.

1. **Inhalt.** Die §§ 994—1003 regeln die Rechte des Besitzers wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen. Dabei unterscheidet das BGB. nach dem Vorgange des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzgebungen mit Ausnahme des code civil, dem sich der E. I anschloß, einerseits zwischen notwendigen und nicht notwendigen Verwendungen, andererseits zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer, dem der Prozeßbesitzer gleichsteht.

Der Begriff der Verwendungen ist weder hier noch sonst im Gesetze bestimmt (vgl. aber § 995). Nach den M. III S. 411 sind unter Verwendungen auf die Sache solche Geschäfte zu verstehen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgendeiner Weise zugute kommt. Die Verbindung eigener Sachen mit der fremden Sache enthält eine Verwendung auf diese nur, wenn die verbundenen Sachen wesentliche Bestandteile der fremden Hauptsache geworden sind. Andernfalls bleibt das Eigentum des Verwendenden, ebenso wie wenn die eigene Sache nur zum Zubehöre der fremden Sache gemacht ist, bestehen, und das Vermögen des Eigentümers der fremden Sache ist daher nicht vermehrt.

2. **Die Anordnung der §§ 994 ff.** ist die, daß zunächst die Voraussetzungen bestimmt werden, unter denen Verwendungen dem Besitzer zu ersetzen sind. Dabei werden zuerst die Verwendungen behandelt, die der Besitzer selbst gemacht hat, und zwar notwendige (§§ 994, 995) und nicht notwendige (§ 996), insbesondere bei einem landwirtschaftlichen Grundstücke die Bestellungskosten (§ 998), sodann die Verwendungen, die von einem Vorbesitzer oder vor dem Eigentumserwerbe des gegenwärtigen Eigentümers gemacht sind (§ 999). Dazwischen regelt der § 997 das Abtrennungsrecht des Besitzers. Weiter werden die Mittel bestimmt, die dem Besitzer zur Erlangung des Ersatzes gewährt werden, nämlich das Zurückbehaltungsrecht (§ 1000), der klagbare Anspruch (§§ 1001, 1002) und das Recht auf Befriedigung aus der Sache (§ 1003).

§. 994. Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten nothwendigen Verwendungen von dem Eigenthümer Ersatz verlangen. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten sind ihm jedoch für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen.

Macht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginne der im §. 990 bestimmten Haftung nothwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigenthümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

---

3. **Die Vorschriften der §§ 994 ff. gelten für jeden Besitzer,** also namentlich auch für den mittelbaren Besitzer (vgl. Erl. 1 zu § 999) und den Besitzer, der dem Eigentümer selbst mittelbaren Besitz vermittelt. Für einen Besitzer der letzteren Art bleiben jedoch daneben die besonderen Vorschriften unberührt, die vermöge des zwischen ihm und dem Eigentümer bestehenden Schuldverhältnisses für den Ersatz von Verwendungen bestehen (M. III S. 414); ist der Besitzer z. B. Beauftragter des Eigentümers, so kann er nicht nur nach Maßgabe der §§ 994 ff., sondern nach § 670 insoweit Ersatz verlangen, als er die Verwendungen zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemacht hat und den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

4. **Über die Verpflichtung des Eigentümers zur Verzinsung** des als Ersatz zu zahlenden Betrags und zur Befreiung des Besitzers von einer eingegangenen Verbindlichkeit vgl. §§ 256, 257 (Bd. II S. 41 f.).

5. **Die hier gegebenen Vorschriften finden auch Anwendung** in den Fällen der §§ 292, 347, 850, 972, 974, 2022, 2185.

6. **Ein Lösungsanspruch des Besitzers,** der in gutem Glauben die Sache entgeltlich erworben oder zum Pfande genommen, aber das Eigentum oder ein Pfandrecht nicht erworben hat, weil die Sache dem Eigentümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war, ist im BGB. nicht anerkannt. Die zweite Kommission hat die einen solchen Anspruch gewährenden §§ 939, 940 des E. I (M. III S. 417 ff.) gestrichen, indem sie die praktischen Bedenken gegen den Anspruch für überwiegend erachtete (P. II Bd. 3 S. 367 ff.).

Nach Artikel 94 Abs. 2 des EG. sind jedoch die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt geblieben, nach welchen **öffentlichen Pfandleihanstalten** das Recht zusteht, die ihnen verpfändeten Sachen dem Berechtigten nur gegen Bezahlung des auf die Sache gewährten Darlehens **herauszugeben** (Bd. VI S. 209 Erl. 4 zu Art. 94).

§ 994.

E. I § 936 Abs. 1, 2; II § 913 Abs. 1 rev. § 979; III § 978. P. I S. 4181 ff., 4278, 6253, 6257, 11965 f.; M. III S. 411 ff. P. II Bd. 3 S. 350 ff., 371 ff.; Bd. 6 S. 236 ff. D. S. 666.

1. **Der § 994 betrifft** den Ersatz der notwendigen Verwendungen und unterscheidet zwischen dem redlichen Besitzer (Abs. 1) und dem unredlichen Besitzer, dem der Prozeßbesitzer gleichgestellt ist (Abs. 2).

Notwendig sind diejenigen Verwendungen, ohne welche die Sache untergehen oder verschlechtert werden würde (vgl. über den Begriff Dernburg Bd. 3 § 122 S. 380). Eine Erweiterung des Begriffs enthält der § 995.

2. **Abs. 1.** Der redliche Besitzer hat für die von ihm vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit gemachten notwendigen Verwendungen (wegen der Verwendungen des Vorbesitzers s. § 999 Abs. 1) nach **Satz 1** einen an keine weitere Voraussetzung geknüpften Ersatzanspruch, dessen Geltendmachung freilich nach § 1001 beschränkt ist. Dieser Ersatzanspruch hängt, abweichend von der für sonstige Verwendungen geltenden Vorschrift des § 996, nicht davon ab, daß der Wert der Sache durch die Verwendung noch zu der Zeit, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt, erhöht ist. Hat z. B. der gutgläubige Besitzer eines bebauten Grundstücks an einem Hause zu dessen Erhaltung notwendige Ausbesserungen vorgenommen, so kann er die Kosten auch dann ersetzt verlangen, wenn das Haus zur Zeit der Herausgabe des Grundstücks an den Eigentümer eingestürzt ist. Denn diesem ist durch die Ausbesserung eine notwendige Ausgabe erspart, sein Vermögen ist daher bereichert, wenngleich er das Haus nicht zurückerhält.

§. 995. Zu den nothwendigen Verwendungen im Sinne des §. 994 gehören auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht. Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, sind ihm nur die Aufwendungen für solche außerordentliche Lasten zu ersetzen, die als auf den Stammwerth der Sache gelegt anzusehen sind.

Von der Ersatzpflicht des Eigentümers ausgenommen sind jedoch nach Satz 2 diejenigen notwendigen Verwendungen, welche sich als gewöhnliche Erhaltungskosten darstellen. Hierdurch wird einer Billigkeitsrücksicht genügt und zugleich die unter Umständen schwierige Berechnung entbehrlich gemacht, die bei Anerkennung eines Ersatzanspruchs wegen der gewöhnlichen Erhaltungskosten dadurch notwendig werden würde, daß dem Eigentümer gestattet werden müßte, von diesen Kosten den Reinertrag der dem Besitzer verbleibenden Nutzungen in Abzug zu bringen. Ein solcher Abzug kommt gegenüber dem Ersatzanspruche des Besitzers wegen sonstiger notwendiger Verwendungen, die nicht zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehören, nicht in Betracht. Die Beschränkung des Satz 2 auf „die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben", bringt nur den der Vorschrift zugrunde liegenden Gedanken zu deutlicherem Ausdruck; an sich ist sie selbstverständlich, denn auch die Regel des Satz 1 gilt nur für die bezeichnete Zeit, nämlich die Zeit bis zu dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung.

3. Abs. 2. Der unredliche Besitzer sowie der Prozeßbesitzer kann für die von ihm gemachten notwendigen Verwendungen nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen. Diese von der zweiten Kommission bei der Revision beschlossene Einschränkung des Ersatzanspruchs beruht auf der Erwägung, daß sowohl der unredliche Besitzer als auch der Prozeßbesitzer, der die Sache auf seine Gefahr behält, bezüglich der Verwendungen nicht günstiger gestellt werden könne wie ein Nießbraucher oder ein Pfandgläubiger (vgl. §§ 1049, 1216). Die Voraussetzungen und der Umfang der Ersatzpflicht bestimmen sich also nach den §§ 683, 684. Der Besitzer kann danach Ersatz einer notwendigen Verwendung nur verlangen, wenn ihre Vornahme dem Interesse und dem (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Eigentümers entsprach oder zur rechtzeitigen Erfüllung einer dem Eigentümer im öffentlichen Interesse obliegenden Pflicht notwendig war oder vom Eigentümer genehmigt ist; außer diesen Fällen kann der Besitzer nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung Ersatz verlangen.

4. **Die Beweislast** regelt sich nach § 994 dahin: Der Besitzer hat zur Begründung des Ersatzanspruchs zunächst nur die Vornahme der Verwendung, ihren Wert und ihre Notwendigkeit zu beweisen. Demgegenüber kann der Eigentümer dartun, daß es sich um gewöhnliche Erhaltungskosten handle oder daß die Verwendung nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder dem Beginne der Haftung gemäß § 990 gemacht ist. Im letzteren Falle muß dann der Besitzer die Voraussetzungen eines Ersatzanspruchs nach Abs. 2 nachweisen.

§ 995.

E. II § 909 rev. § 980; III § 979. P. II Bd. 3 S. 353 f.

1. **Inhalt.** Der § 995 erstreckt im **Satz** 1 die Vorschriften des § 994 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 auf die vom Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache gemachten Aufwendungen, die als auf die Sache gemachte Verwendungen nicht oder mindestens nicht mit Sicherheit angesehen werden können (vgl. § 2022 Abs. 2, § 2185), und trifft im **Satz 2** für diese Aufwendungen eine dem § 994 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Vorschrift.

2. **Lasten der Sache** im Sinne des Satz 1 sind sowohl die auf der Sache ruhenden privatrechtlichen Lasten, wie Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Reallasten, als auch die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten, wie Staats- oder Gemeinde-Grundsteuern, Deichlasten ꝛc.

3. **Bezüglich des Ersatzes der zur Bestreitung dieser Lasten gemachten Aufwendungen** sind zu unterscheiden:

a) Aufwendungen des redlichen Besitzers vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit. Diese sind dem Besitzer,

§. 996. Für andere als nothwendige Verwendungen kann der Besitzer Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit und vor dem Beginne der im §. 990 bestimmten Haftung gemacht werden und der Werth der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigenthümer die Sache wiedererlangt.

α) wenn sie zur Bestreitung außerordentlicher Lasten gemacht sind, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, wie notwendige Verwendungen, die nicht zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehören, zu ersetzen (Erl. 2 zu § 994). In Betracht kommen hier nicht nur, wie in § 1047, § 1385 Nr. 1 (§ 1654), öffentliche, sondern auch privatrechtliche Lasten dieser Art (vgl. §§ 2126, 2379). Gemeint sind Lasten, die nach der Absicht der sie auferlegenden Bestimmung nicht aus den Erträgen, sondern aus dem Stammwerte der Sache bestritten werden sollen, was sich unter Umständen aus der Höhe der Lasten ergeben kann (M. III S. 516).

β) Wenn sie zur Bestreitung anderer Lasten gemacht sind, hat der Besitzer keinen Ersatzanspruch. Er hat also wie der Nießbraucher (§ 1047) die privatrechtlichen Lasten, die aus den Erträgen zu bestreiten sind, z. B. Hypotheken- und Grundschuldzinsen, und die öffentlichen Lasten zu tragen, welche als auf den Ertrag der Sache gelegt anzusehen sind.

b) Aufwendungen des unredlichen Besitzers oder des Prozeßbesitzers. Wegen dieser kann der Besitzer nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen (Erl. 3 zu § 994).

§ 996.

E. I § 236 Abs. 1, 2; II § 908 Abs. 2 rev. § 981; III § 980. P. I S. 4181 ff., 4278, 6253, 6257, 11965 f.; M. III S. 411 ff. P. II Bd. 3 S. 350 ff., 371 ff.; Bd. 6 S. 236 f. D. S. 666.

Bezüglich des Ersatzes anderer als notwendiger Verwendungen (impensae utiles und voluptuariae) unterscheidet der § 996 wiederum zwischen dem redlichen Besitzer einerseits und dem unredlichen sowie dem Prozeßbesitzer anderseits.

1. **Der redliche Besitzer** kann für eine **vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit** gemachte nicht notwendige Verwendung insoweit Ersatz verlangen, als durch sie der Wert der Sache zu der Zeit, zu der der Eigentümer sie wiedererlangt, noch erhöht ist. Zu ersetzen ist also der Wert der Verwendung zur Zeit ihrer Vornahme bis zu dem Betrag, um welchen der Wert der Sache zur Zeit der Wiedererlangung den Wert übersteigt, den die Sache zu dieser Zeit haben würde, wenn die Verwendung nicht gemacht worden wäre. Hat z. B. der gutgläubige Besitzer eines Grundstücks auf diesem für 10000 Mk. ein Haus gebaut und ist das bebaute Grundstück zur Zeit der Rückgabe an den Eigentümer 11000 Mk. wert, während der Wert des Grundstücks ohne das Haus zu derselben Zeit 2000 Mk. betragen würde, so sind dem Besitzer 9000 Mk. zu ersetzen. Betrüge zur Zeit der Rückgabe der Wert des bebauten Grundstücks 13000 Mk., der Wert des Grundstücks ohne das Haus 2000 Mk., so könnte der Besitzer dennoch nur 10000 Mk. verlangen.

Statt der Zeit der Wiedererlangung ist, wenn der Eigentümer die Verwendung vor der Wiedererlangung genehmigt (Erl. 1 b zu § 1001), die Zeit der Genehmigung maßgebend.

2. **Der unredliche Besitzer und der Prozeßbesitzer** können für die von ihnen gemachten nicht notwendigen Verwendungen Ersatz überhaupt nicht verlangen. Sie sind auf das im § 997 bestimmte Abtrennungsrecht beschränkt.

3. **Die Beweislast** gestaltet sich für den Ersatzanspruch wegen nicht notwendiger Verwendungen so, daß der Besitzer die Vornahme und den Wert der Verwendung sowie die fortdauernde Werterhöhung zu beweisen hat, wogegen dem Eigentümer der Gegenbeweis obliegt, daß die Verwendung erst nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder dem Beginne der Unredlichkeit gemacht ist. Die Fassung des § 996 scheint zwar dafür zu sprechen, daß der Besitzer umgekehrt auch die Vornahme der Verwendung vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit und vor dem Beginne der Unredlichkeit zu beweisen habe. Indessen dürfte in dieser Beziehung eine Abweichung vom § 994 nicht beabsichtigt sein, zumal da der dem § 996 zugrunde liegende Antrag die Beweislast in der hier vertretenen Weise regelte; namentlich erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß der Besitzer nicht hier, abweichend von den §§ 990, 994, seine Redlichkeit zur Zeit der Verwendung nachzuweisen haben soll.

§. 997. Hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandtheil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen. Die Vorschriften des §. 258 finden Anwendung.

Das Recht zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer nach §. 994 Abs. 1 Satz 2 für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Werth ersetzt wird, den der Bestandtheil nach der Abtrennung für ihn haben würde.

---

§ 997.

E. I § 936 Abs. 3; II § 910 rev. § 982; III § 981. P. I S. 4181 ff., 4278, 6253, 6257, 11965 f.; M. III S. 414. P. II Bd. 3 S. 354 ff., 371 ff.; Bd. 6 S. 238.

Hellmann, Bl. f. RAnw. 67 S. 289 ff., das Wegnahmerecht nach § 997 Abs. 1 BGB.; Tobias, Arch. f. civ. Pr. 94 S. 446 ff.

1. **Zweck und Bedeutung. Der § 997 regelt das Abtrennungsrecht** (jus tollendi) **des Besitzers** in bezug auf Verwendungen, die darin bestehen, daß der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat. Ohne die Anerkennung des Abtrennungsrechts müßte der Besitzer die von ihm verbundene Sache als Bestandteil der herauszugebenden Sache mit herausgeben und hätte nur, wie bei anderen Verwendungen, nach den §§ 994, 996 Anspruch auf Ersatz, d. h. je nachdem sie vor oder nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder Unredlichkeit gemacht ist, wenn sich die Verbindung als notwendige Verwendung darstellt, einen unbedingten, aber bezüglich der Geltendmachung beschränkten Ersatzanspruch oder einen solchen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn sich die Verbindung dagegen nicht als notwendige Verwendung darstellt, einen auf die noch bestehende Werterhöhung beschränkten oder gar keinen Ersatzanspruch. Neben diesen zur Wahrung des Interesses des Besitzers unter Umständen unzulänglichen Ersatzanspruch tritt für jeden Besitzer wahlweise des Recht zur Abtrennung der von ihm verbundenen Sache. Versagt wird es nur dem redlichen Besitzer, wenn die Verwendung zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehört, und jedem Besitzer unter den beiden letzten im Abs. 2 bestimmten Voraussetzungen.

Der **Abs. 1** regelt die positive Voraussetzung und den Inhalt des Rechtes, der **Abs. 2** die negativen Voraussetzungen oder die Ausschließungsgründe. Die Unterscheidung der Voraussetzungen in positive und negative bezweckt auch hier nur die Klarstellung der Beweislast.

2. **Positive Voraussetzung des Abtrennungsrechts** ist nach **Abs. 1**, daß der Besitzer mit der herauszugebenden Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat. Das Abtrennungsrecht kommt also nur in denjenigen Fällen einer solchen Verbindung in Betracht, in welchen durch die Verbindung nicht das Eigentum an der herauszugebenden Sache aufgehoben ist, also dann, wenn der Besitzer mit einem fremden Grundstück oder einer fremden, als Hauptsache anzusehenden beweglichen Sache eine andere bewegliche Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat (§ 946, § 947 Abs. 2). In diesen Fällen ist das Abtrennungsrecht nicht nur, wie in den früheren Auflagen angenommen wurde, dann begründet, wenn der Besitzer *eine eigene Sache*, sondern auch dann, wenn er *die Sache eines Dritten* mit der herauszugebenden Sache verbunden hat (vgl. aber wegen der verschiedenen Wirkung der Abtrennung Erl. 4). Dagegen ist das Abtrennungsrecht nicht gegeben, wenn durch die Verbindung beweglicher Sachen deren Eigentümer Miteigentümer der dadurch geschaffenen einheitlichen Sache geworden sind (§ 947 Abs. 1). Denn in diesem Falle ist der Besitzer entweder selbst Miteigentümer — wenn er nämlich eine eigene Sache verbunden hat — und deshalb nur zur Einräumung des Mitbesitzes, nicht zur Herausgabe der Sache verpflichtet, oder er ist nicht selbst Miteigentümer und dann besteht gleichfalls nicht mehr die hier vorausgesetzte Verpflichtung zur Herausgabe einer der verbundenen Sachen, sondern nur noch die Verpflichtung zur Herausgabe der einheitlichen Sache an alle Miteigentümer. Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 trifft also den Fall der Verbindung zu Miteigentum deshalb nicht, weil ihre Voraussetzung nicht gegeben ist (a. A. *Hellmann* und *Tobias*).

Die Voraussetzung des Abs. 1 Satz 1 trifft auch bei Pflanzen (Bäumen) zu, die der Besitzer in ein fremdes Grundstück eingepflanzt hat, sofern dies nicht nur zu einem vorübergehenden Zwecke geschehen ist (§ 94 Abs. 1 Satz 2, § 95 Abs. 1). Bei Pflanzen und Bäumen ein Abtrennungsrecht des Besitzers ganz auszuschließen, hat die zweite Kommission abgelehnt.

Für die Ausschließung war geltend gemacht worden, daß Pflanzen und Bäume, die längere Zeit ihre Nahrung aus dem Boden gezogen haben, nicht mehr als einfache Früchte anzusehen seien, sondern einen Teil des Wertes des Grundstücks darstellten und daß der Besitzer keinen Anspruch auf den Zuwachs habe. Die Mehrheit nahm dagegen an, daß man, auch ohne das Abtrennungsrecht bei Pflanzen (Bäumen) auszuschließen, bezüglich ihrer zu einem befriedigenden Ergebnisse gelange, wenn man den Zuwachs unter den Gesichtspunkt der Nutzungen bringe; der redliche Besitzer könne danach den Zuwachs für sich beanspruchen, während der unredliche Besitzer im Falle der Ausübung des Abtrennungsrechts die in dem Werte der Pflanzen enthaltenen Nutzungen dem Eigentümer mit der Sache herausgeben müsse. Diese Auffassung zur Geltung zu bringen, glaubte die Mehrheit aber der Wissenschaft und der Praxis überlassen zu können (P. II Bd. 3 S. 354 ff.).

Die Ansicht der Kommissionsmehrheit geht von der zutreffenden Erwägung aus, daß Pflanzen, die mit einem Grundstück als wesentliche Bestandteile verbunden werden, dadurch zugleich Erzeugnisse, also Nutzungen des Grundstücks werden. Der Besitzer, der sie abtrennt, zieht Nutzungen; seine Verpflichtung zur Herausgabe dieser Nutzungen bestimmt sich nach den §§ 989 ff. Erfolgt die Trennung vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder vor dem Beginne der Unredlichkeit, so besteht eine Herausgabepflicht nicht. Erfolgt die Trennung dagegen nach der bezeichneten Zeit, so ist der Besitzer zur Herausgabe verpflichtet.

Dieses aus den Vorschriften über die Nutzungen zu folgernde Ergebnis wird indessen durch die Vorschriften des § 997 modifiziert. Durch sie wird dem Besitzer das Abtrennungsrecht allgemein gegeben, ohne daß eine Ausnahme für den Fall bestimmt wird, daß die mit der fremden Sache verbundene Sache zugleich den Charakter einer Frucht des Grundstücks erlangt. Ihre Anwendung auf einen Fall dieser Art führt zu folgendem Ergebnisse: Der Besitzer kann die zu einem wesentlichen Bestandteil der fremden Sache gemachte Sache auch noch nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder der Unredlichkeit abtrennen. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so erlangt er aber nicht bloß die Sache in demjenigen Zustande, in welchem er sie mit der fremden Sache verbunden hat, sondern zugleich den Zuwachs zurück, den die Sache durch die Verbindung mit dem Grundstück aus diesem erlangt hat. Dieser Zuwachs ist Nutzung der fremden Sache. Der Besitzer hat hierauf nur Anspruch, soweit er ein Recht auf die Nutzungen hat, der redliche Besitzer also insoweit, als der Zuwachs vor der Rechtshängigkeit entstanden ist, der unredliche Besitzer überhaupt nicht. Da nun eine Trennung des Zuwachses von der ursprünglichen Sache nicht möglich ist, so bleibt nur übrig, daß der Besitzer, wenn er von seiner Abtrennungsbefugnis Gebrauch macht, dem Eigentümer den Wert des Zuwachses, soweit er auf diesen nach den Grundsätzen über die Nutzungen kein Recht hat, in Geld ersetzt. In diesem Sinne werden auch die Ausführungen der Mehrheit der Kommission zu verstehen sein. Das Ergebnis entspricht der Billigkeit und ist für den Eigentümer insbesondere insofern von praktischer Bedeutung, als dieser, wenn er von dem Rechte Gebrauch macht, die Abtrennung durch Ersatz des Wertes, den die Sache nach ihrer Abtrennung für den Besitzer hat, auszuschließen, den Wert des Zuwachses von dem von ihm zu erstattenden Werte in Abzug bringen kann, daß er also die Abtrennung durch Ersatz des Wertes ausschließen kann, den die verbundene Sache zur Zeit der Verbindung hatte.

Ist eine vom Besitzer mit der herauszugebenden Sache verbundene Sache nicht wesentlicher Bestandteil geworden (vgl. § 95), so ergibt sich das Recht des Besitzers zur Abtrennung der Sache aus seinem fortbestehenden Sondereigentum an ihr. Eine Verwendung auf die Sache liegt in einer solchen Verbindung überhaupt nicht.

3. **Die negativen Voraussetzungen** des Abtrennungsrechts bestimmt der Abs. 2. Das Abtrennungsrecht ist danach ausgeschlossen:

a) **wenn der Besitzer nach § 994 Abs. 1 Satz 2 für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann,** d. h. wenn die Verbindung der anderen Sache mit der herauszugebenden Sache vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder dem Beginne der Unredlichkeit erfolgt ist und sich als eine gewöhnliche Aufwendung zur Erhaltung der herauszugebenden Sache darstellt, wie z. B. wenn der Besitzer mit eigenem Stoffe an einem Hause eine gewöhnliche Ausbesserung vorgenommen hat;

b) **wenn die Abtrennung für den Besitzer keinen Nutzen hat.** Die Ausschließung des Abtrennungsrechts in diesem Falle entspricht dem Chikaneverbote des § 226 (Bd. I S. 373). Für die Entscheidung, ob die Abtrennung für den Besitzer Nutzen hat, kommt der Umstand, daß er außer dem Abtrennungsrecht einen Ersatzanspruch nach den §§ 994, 996 hat und durch

---

dessen Geltendmachung mehr erlangen könnte als durch die Abtrennung, nicht in Betracht; denn das Abtrennungsrecht ist dem Besitzer neben dem Ersatzanspruche zur Wahl gestellt. Nur dann wird die Voraussetzung, daß die Abtrennung für den Besitzer keinen Nutzen hat, als gegeben anzusehen sein, wenn der Besitzer keinerlei Interesse daran hat, den Bestandteil abzutrennen (z. B. die in einem Hause angebrachten Tapeten abzureißen);

c) wenn dem Besitzer mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde. Dem Eigentümer wird hierdurch Gelegenheit gegeben, eine unwirtschaftliche Abtrennung abzuwenden. Zur Ausschließung des Abtrennungsrechts genügt es nicht, daß dem Besitzer ein Anspruch auf Ersatz des angegebenen Mindestwerts zusteht, vielmehr ist erforderlich, daß ihm der Mindestwert vom Eigentümer wirklich ersetzt wird. Der Besitzer muß demnach vor der Ausübung des Abtrennungsrechts in jedem Falle feststellen, ob der Eigentümer nicht bereit ist, ihm den Mindestwert zu erstatten: er muß also den Eigentümer zur Erstattung auffordern und erst, wenn dieser alsdann den Ersatz nicht leistet, ist der Besitzer zur Abtrennung berechtigt. Zur Ausschließung des Abtrennungsrechts ist der Ersatz des gesetzlich bestimmten Wertes genügend, auch wenn der Ersatzanspruch nach den §§ 994, 996 weiter geht, und erforderlich, auch wenn jener Ersatzanspruch minder weit geht oder überhaupt nicht besteht. Zu ersetzen ist der Wert, den der Bestandteil nach der Abtrennung für den Besitzer haben würde, also nicht nur der gemeine Verkehrswert, sondern auch ein etwaiges Affektionsinteresse.

4. Den Inhalt des Abtrennungsrechts bezeichnet der **Abs. 1 Satz 1** dahin, daß der Besitzer die — von ihm mit der herauszugebenden Sache verbundene — Sache abtrennen und sich aneignen kann.

Durch die Gestattung der Abtrennung wird der darin liegende Eingriff in das fremde Eigentum zu einer nicht widerrechtlichen und daher weder zum Schadensersatze verpflichtenden noch strafbaren Handlung. Nur die Verpflichtung, die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen, knüpft sich an die Abtrennung (**§ 258 Satz 1**). Ist der Besitzer dieser Verpflichtung entsprechend verurteilt, so erfolgt die Zwangsvollstreckung nach § 887 der CPO. Hat der Eigentümer die Sache wiedererlangt, ohne daß der Besitzer sein Abtrennungsrecht vorher ausgeübt hatte, so verbleibt dem Besitzer statt des Rechtes zur eigenmächtigen Abtrennung der Anspruch gegen den Eigentümer auf Gestattung der Abtrennung, gegen den jedoch dem Eigentümer die aufschiebende Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für den mit der Abtrennung verbundenen Schaden zusteht (**§ 258 Satz 2, 3**; vgl. § 202 Abs. 2). Für die Zwangsvollstreckung gegen den Eigentümer ist der § 890 der CPO. maßgebend.

Zweifelhaft ist die Bedeutung der weiteren dem Besitzer beigelegten Befugnis, sich die Sache anzueignen. Der E. I sprach nur von dem Rechte des Besitzers, die Sache wegzunehmen, und die M. III S. 414 bezeichnen als Wirkung der Wegnahme, daß die infolge der Verbindung eingetretene Änderung im Eigentume rückgängig wird. Der Ausdruck „abtrennen und sich aneignen" findet sich zuerst in dem Antrage, den die zweite Kommission als in diesem Punkte vom E. I nicht abweichend angenommen hat (P. II Bd. 3 S. 251, 354). Man könnte hiernach annehmen, daß dem Besitzer mit den Worten „kann abtrennen und sich aneignen" die Befugnis habe gewährt werden sollen, die von ihm verbundene Sache mit der Wirkung abzutrennen, daß das vor der Verbindung bestandene Eigentumsverhältnis wiederhergestellt werde. Nach dieser Auffassung würde die Abtrennung auch dann, wenn die Sache vor der Verbindung einem Dritten gehörte oder mit dem Rechte eines Dritten belastet war, das Eigentum oder sonstige Rechte des Dritten wiederaufleben machen (so Tobias und zum Teil Hellmann). Indessen hat die bezeichnete Absicht des Gesetzgebers, wenn sie in der Tat bestanden hat, jedenfalls im Gesetze keinen Ausdruck gefunden, und es erscheint daher nicht angängig, das Gesetz im Sinne jener angeblichen Absicht im Wege der Auslegung zu berichtigen, zumal da eine dem Wortlaut entsprechende Auslegung zu keineswegs unannehmbaren Ergebnissen führt. Nimmt man an, daß die hier fragliche Befugnis des Besitzers dahin geht, an der abgetrennten Sache durch die Abtrennung und Besitzergreifung Eigentum zu erwerben, so ändert die Abtrennung nichts an den Rechten der Dritten, die durch die Verbindung das Eigentum oder ein sonstiges Recht an der verbundenen Sache verloren haben. Sie behalten also auch nach der Abtrennung die ihnen nach § 951 zustehenden Ansprüche, sei es auf Schadensersatz gegen den Besitzer, sei es auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung; nur steht ihnen der letztere Anspruch nach der Abtrennung nicht mehr gegen denjenigen zu, welchem die mit der Verbindung eintretende Rechtsänderung zugute kam, sondern gegen den abtrennenden Besitzer. Bei dieser Auffassung werden anderseits die Unzuträglichkeiten vermieden,

§. 998. Ist ein landwirthschaftliches Grundstück herauszugeben, so hat der Eigenthümer die Kosten, die der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft vor dem Ende des Wirthschaftsjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entsprechen und den Werth dieser Früchte nicht übersteigen.

§. 999. Der Besitzer kann für die Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in demselben Umfang Ersatz verlangen, in welchem ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte.

Die Verpflichtung des Eigenthümers zum Ersatze von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigenthum erworben hat.

---

die eine Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes z. B. dann zur Folge haben würde, wenn der Besitzer vor der Abtrennung bereits den früheren Eigentümer der verbundenen Sache entschädigt hatte.

§ 998.

E. II § 911 rev. 983; III § 982. P. II Bd. 3 S. 357. RB. S. 2002.

1. **Entstehung. Grundgedanken.** Der § 998 überträgt eine Vorschrift, die der E. I § 1009 für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher enthielt, auf das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer (vgl. § 592, § 1055 Abs. 2, § 1421, § 1663 Abs. 2, § 2130 Abs. 2).

Die Vorschrift beruht auf der Billigkeitserwägung, daß der Besitzer eines landwirtschaftlichen Grundstücks nicht die von ihm aufgewendeten Bestellungskosten deshalb verlieren soll, weil er zufällig das Grundstück vor der Trennung der Früchte herausgeben muß. Hat er das Grundstück erst nach der Trennung der Früchte herauszugeben, so behält ein zur Zeit der Trennung redlicher Besitzer die Früchte und findet in ihnen den Ersatz der aufgewendeten Kosten; erfolgt die Trennung erst nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder dem Beginne der Unredlichkeit, so muß der Besitzer die Früchte zwar herausgeben, kann aber nach Maßgabe des § 102 Ersatz der Gewinnungskosten verlangen. Entsprechend dem § 102 gewährt daher auch der § 998 jedem Besitzer einen Ersatzanspruch unabhängig von den allgemeinen Voraussetzungen des § 994.

2. **Der Ersatzanspruch wegen der auf ungetrennte Früchte verwendeten Kosten ist dreifach beschränkt.**

a) Die Früchte müssen nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des zur Zeit der Herausgabe des Grundstücks laufenden Wirtschaftsjahrs zu trennen sein. Der Beginn des Wirtschaftsjahrs ist nicht gesetzlich bestimmt, sondern muß im einzelnen Falle nach den Regeln, die an dem in Frage stehenden Orte für eine ordnungsmäßige Wirtschaft anerkannt sind, festgestellt werden. Wegen der nicht vor dem Ende des Wirtschaftsjahrs zu trennenden Früchte vgl. § 592.

b) Der Ersatzanspruch ist nur gegeben, soweit die Kosten, d. h. sowohl ihre Aufwendung überhaupt als auch ihr Betrag, einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und

c) den Wert der Früchte nicht übersteigen. Maßgebend ist der Wert zu der Zeit, zu welcher der Eigentümer das Grundstück wiedererlangt (vgl. § 996); denn nur in Höhe dieses Wertes wird der Eigentümer infolge der Wiedererlangung des Grundstücks durch die Verwendung des Besitzers bereichert (vgl. M. III S. 523 zu E. I § 1009).

§ 999.

E. I § 937; II § 912 rev. § 984; III § 983. P. I S. 4192 ff., 6224, 6230; M. III S. 416. P. II Bd. 3 S. 357 f., 371 ff.; Bd. 6 S. 236 f. D. S. 666.

Der § 999 behandelt den Einfluß, den eine nach der Vornahme der Verwendung auf seiten des Besitzers oder des Eigentümers eintretende Rechtsnachfolge auf den Ersatzanspruch ausübt.

1. Abs. 1.

a) Voraussetzung ist, daß der gegenwärtige Besitzer Rechtsnachfolger eines Vorbesitzers, der Verwendungen gemacht hat, geworden ist. Dies trifft zu, wenn der gegenwärtige Besitzer Erbe des Vorbesitzers ist (§ 857 und Erl. 2 dazu). Die Voraussetzung ist aber auch dann als gegeben anzusehen, wenn der gegenwärtige Besitzer den Besitz auf Grund einer Veräußerung des Vorbesitzers erlangt hat und nur deshalb nicht Eigentümer geworden ist, weil der Vorbesitzer nicht Eigentümer war. In diesem Falle entspricht es der mutmaßlichen Absicht der Beteiligten, daß der Besitznachfolger wenigstens den Anspruch aus der Verwendung des Vorbesitzers erwirbt. Die dementsprechende Vorschrift des § 999 Abs. 1 ist also für den Fall der Sondernachfolge nur eine dispositive (ebenso Stammler, die Einrede aus dem Rechte eines Dritten, Hallesche Festgabe für Dernburg S. 166f.; vgl. Kohler, Arch. f. Bürg. R. 18 S. 92, Wolff, das Recht zum Besitze S. 165), und das gleiche gilt für den Fall der auf Verfügung von Todeswegen beruhenden Rechtsnachfolge. Die Vorschrift erstreckt sich auch auf entferntere Vorbesitzer, deren Rechtsnachfolger der nähere Vorbesitzer geworden ist.

Der gegenwärtige mittelbare Besitzer ist nicht im Sinne des § 999 Abs. 1 Vorbesitzer des gegenwärtigen unmittelbaren Besitzers. Dieser kann also wegen der von dem ersteren gemachten Verwendungen nicht seinerseits Ersatz verlangen. Da aber der mittelbare Besitzer wegen seiner Verwendungen das Zurückbehaltungsrecht hat (§ 1000), also bis zu seiner Befriedigung dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, so kann auch der auf Herausgabe verklagte unmittelbare Besitzer bis zur Befriedigung des mittelbaren Besitzers die Herausgabe verweigern (§ 986 Abs. 1) und ist dem letzteren gegenüber nach Maßgabe des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses zur Geltendmachung dieser Einrede verpflichtet (M. III S. 414 a. E.). Hat der unmittelbare Besitzer die Sache dem Eigentümer herausgegeben, so kann der mittelbare Besitzer seinen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer geltend machen (§ 1001).

b) Dem Besitzer stehen wegen des Ersatzes der Verwendungen eines Vorbesitzers alle Rechte zu, die dem Vorbesitzer selbst zustehen würden, falls er die Sache gegenwärtig herauszugeben hätte, also jedenfalls die Ersatzansprüche nach den §§ 994—996, 998. Ob er auch das Abtrennungsrecht nach § 997 hat, ist zweifelhaft; die Frage dürfte jedoch zu bejahen sein, da auch dieses Recht nur eine besondere Art des Rechtes auf Ersatz von Verwendungen ist.

2. Abs. 2.

a) Entstehung. Zweck. Die Vorschrift ist von der zweiten Kommission aufgenommen, um der nach den M. III S. 416 dem E. I zugrunde liegenden Auffassung entgegenzutreten, daß der Ersatzanspruch des Besitzers wegen Verwendungen sich nur gegen denjenigen richte, welcher zur Zeit der Vornahme der Verwendung Eigentümer der Sache ist. Die Beschränkung des Ersatzanspruchs auf diesen Eigentümer ergab sich im E. I daraus, daß letzterer den Ersatzanspruch von einer durch die Verwendung bewirkten Bereicherung des Eigentümers aus dem Vermögen des Besitzers abhängig machte. Ob und inwieweit die Vorschrift noch gegenüber der in den §§ 994ff. getroffenen anderweitigen Regelung des Ersatzanspruchs notwendig war, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls dient sie zur Ausschließung von Zweifeln.

b) Voraussetzung ist, daß nach der Vornahme einer Verwendung das Eigentum auf einen anderen übertragen ist. Dies kann, abgesehen vom Falle der Erbfolge, bei einer beweglichen Sache nach § 931, bei einem Grundstücke durch Auflassung und Eintragung geschehen sein. Im Falle des § 931 folgt das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers gegenüber dem neuen Eigentümer schon aus § 986 Abs. 2 (§ 1000), und es entspricht lediglich dem Grundgedanken dieser Vorschrift, wenn dem Besitzer auch die selbständige Geltendmachung des Ersatzanspruchs gegen den neuen Eigentümer gestattet wird. Die Zulassung des Ersatzanspruchs gegenüber dem Erwerber eines Grundstücks steht, wenn der Erwerber bei dem Erwerb den Ersatzanspruch nicht gekannt hat, mit dem Zwecke des dem Grundbuche beigelegten öffentlichen Glaubens in einem gewissen Widerspruch. Indessen erstreckt sich der öffentliche Glaube nicht darauf, daß der eingetragene Eigentümer den Besitz des Grundstücks hat, und der Erwerber muß auch das aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Besitzrecht eines Mieters oder Pächters nach Maßgabe der §§ 571ff. gegen sich gelten lassen. Eine entsprechende Abweichung von dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens enthält der § 999 Abs. 2 zum Schutze des Besitzers, der Verwendungen gemacht hat. Jedoch ist eine Ausnahme von der Vorschrift zugunsten des Erstehers in der Zwangsversteigerung im § 93 Abs. 2 des ZVG. bestimmt, wonach der Ersteher zum Ersatze von Verwendungen, die vor dem Zuschlage gemacht sind, nicht verpflichtet ist. Daß der Besitzer wegen seines Ersatzanspruchs in der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung

§. 1000. Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

§. 1001. Der Besitzer kann den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigenthümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Eigenthümer von dem Anspruche dadurch befreien, daß er die wiedererlangte Sache zurückgiebt. Die Genehmigung gilt als ertheilt, wenn der Eigenthümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt.

---

auch nicht ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke hat, ergibt sich aus § 10 des ZVG., welcher die ein solches Recht gewährenden Ansprüche erschöpfend bestimmt, ohne den hier fraglichen Anspruch zu erwähnen. Darüber, ob dem Besitzer in der Zwangsversteigerung das Zurückbehaltungsrecht gegenüber den Realgläubigern zusteht, s. Rspr. 8 S. 116.

Die Vorschrift des § 999 Abs. 2 gilt übrigens auch nicht gegenüber demjenigen, welcher nach der Herausgabe der Sache an den Eigentümer das Eigentum erwirbt. In diesem Falle hat der Besitzer einen Ersatzanspruch nur gegen den früheren Eigentümer, dem gegenüber die Voraussetzungen des § 1001 gegeben sind.

c) Auch das Abtrennungsrecht nach § 997 steht dem Besitzer ohne Rücksicht auf einen nach der Verwendung eingetretenen Eigentumswechsel zu; denn auch im Sinne des § 999 Abs. 2 umfaßt die Verpflichtung zum Ersatze von Verwendungen die Verpflichtung zur Duldung der Abtrennung.

§ 1000.

E. I § 938 Abs. 2; II § 913 Abs. 3 rev. § 985; III § 984. P. I S. 4194 ff., 11968; M. III S. 416 f. P. II Bd. 3 S. 357, 359, 371 ff.; Bd. 4 S. 591 f.; Bd. 6 S. 236 f.

Der § 1000 spricht dem Besitzer wegen seines Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen zur Vermeidung von Zweifeln ausdrücklich das Zurückhaltungsrecht zu. Nach der Vorschrift des § 273 Abs. 2, die an sich auch auf den Herausgabeanspruch des Eigentümers Anwendung findet, ist das Zurückbehaltungsrecht des zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichteten wegen Verwendungen auf den Gegenstand von der Fälligkeit des Anspruchs auf Ersatz der Verwendungen abhängig. Das Vorhandensein dieser Voraussetzung könnte hier mit Rücksicht auf den § 1001 einem Zweifel begegnen, den der § 1000 abschneiden soll. Dieser stimmt im übrigen mit dem § 273 Abs. 2 überein, und auch die Vorschriften des § 273 Abs. 3 über die Abwendung der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung und des § 274 über die Wirkung der Geltendmachung des Rechtes finden auf das hier besonders anerkannte Zurückbehaltungsrecht des Besitzers Anwendung (vgl. Bd. II S. 65 Erl. 2b, 4 zu § 273 und die Erl. zu § 274).

Auch dem mittelbaren Besitzer steht das Zurückbehaltungsrecht zu.

Das Recht des Besitzers auf abgesonderte Befriedigung im Konkurse des Eigentümers bestimmt sich nach § 49 Nr. 3 der KO.

§ 1001.

E. I § 938 Abs. 1; II § 913 Abs. 1 rev. § 986; III § 985. P. I S. 4194 ff., 11968; M. III S. 415 ff. P. II Bd. 3 S. 357, 359 ff., 371 ff.; Bd. 4 S. 591 f.; Bd. 6 S. 236 f. D. S. 666.

1. **Satz 1** macht die Zulässigkeit selbständiger Geltendmachung des Ersatzanspruchs des Besitzers von besonderen Voraussetzungen abhängig, die den Eigentümer davor bewahren sollen, daß er zur Ersatzleistung genötigt werden kann, ohne daß die Verwendungen ihm zugute kommen oder von ihm gutgeheißen werden.

Die selbständige Geltendmachung ist nur in zwei Fällen zulässig:

a) wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt. Ob dies durch Herausgabe seitens des Besitzers oder ohne dessen Willen geschieht, ist für die Zulässigkeit der Klage gleichgültig; dagegen macht es allerdings in anderen Beziehungen einen Unterschied, ob die Wiedererlangung dadurch erfolgt, daß der Eigentümer die ihm vom Besitzer unter Vorbehalt des Ersatzanspruchs angenommenen Sache annimmt, oder in anderer Weise, sei es durch Herausgabe ohne

Vorbehalt, sei es ohne Willen des Besitzers. Im ersten Falle kann sich nämlich der Eigentümer nicht mehr durch Rückgabe der Sache nach § 1001 Satz 2 befreien, und der Ersatzanspruch erlischt nicht durch den Ablauf der im § 1002 bestimmten Ausschlußfrist, sondern unterliegt nur der ordentlichen Verjährung.

Der Herausgabe der Sache steht für die Ersatzansprüche des mittelbaren Besitzers die Übertragung des mittelbaren Besitzes gleich.

b) wenn der Eigentümer die Verwendungen genehmigt.

Die rechtliche Bedeutung der Genehmigung ist hier dieselbe wie nach § 684 Satz 1 für den Ersatzanspruch des Geschäftsführers ohne Auftrag. Die Genehmigung hat den Charakter einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung.

Erforderlich ist die Genehmigung der Verwendungen. Dazu ist nicht notwendig, daß der Besitzer den als Ersatz verlangten Betrag angegeben hat und der Eigentümer ihn gutheißt; es genügt vielmehr auch, wenn der Eigentümer sich nur mit der Vornahme einer Verwendung, z. B. der erfolgten Errichtung eines Gebäudes, einverstanden erklärt, jedoch mit dem Unterschiede, daß in diesem Falle der zu ersetzende Betrag nach den Vorschriften der §§ 994—996, 998 zu bestimmen ist, während er sich im ersten Falle nach der Vereinbarung zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer bemißt. Daß dies der Sinn der hier fraglichen Worte ist, ergibt die Entstehung der Vorschrift. Nach dem ursprünglichen Beschlusse der zweiten Kommission sollte dem Besitzer ein Klagerecht nur zustehen, wenn ihm der Eigentümer die unter Vorbehalt des Ersatzanspruchs angebotene Sache abgenommen hat. Dieser Regelung lag, wie die Kommission später anerkannte, der Gedanke zugrunde, daß in der Abnahme eine Einigung darüber zu finden sei, daß der Eigentümer dem Besitzer für die Verwendungen den Betrag zu ersetzen habe, der ihm nach dem Gesetze zustehe. Um diesen Grundgedanken in vollem Umfange zur Geltung zu bringen, erklärte sie sich nach dem Vorschlage der Redaktionskommission damit einverstanden, daß das Klagerecht des Besitzers allgemein von der Genehmigung der Verwendungen abhängig gemacht und die Abnahme der unter Vorbehalt angebotenen Sache nur als ein Fall der Genehmigung hervorgehoben werde. Gegen die hier vertretene Ansicht kann ein Gegengrund nicht daraus hergeleitet werden, daß im § 1003 eine unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags erfolgte Aufforderung des Eigentümers zur Erklärung über die Genehmigung der Verwendungen erfordert wird; denn dort ist die Feststellung des Betrags des Ersatzanspruchs als Grundlage des dem Besitzer gewährten Befriedigungsrechts notwendig.

Die Genehmigung der Verwendungen kann vor der Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer erfolgen oder nachher; auch im letzteren Falle hat sie neben der Wiedererlangung (oben zu a) noch die besondere Bedeutung, daß sie die sich aus § 1001 Satz 2 und § 1002 ergebenden Rechtsfolgen nach sich zieht.

2. **Satz 2** soll den Eigentümer schützen, der die Sache wiedererlangt hat, ohne daß der Besitzer sich seine Ansprüche vorbehalten hat, also entweder durch vorbehaltlose Herausgabe seitens des Besitzers oder ohne dessen Willen. Zu diesem Zwecke wird einem solchen Eigentümer das Recht gegeben, sich durch Rückgabe der Sache an den Besitzer von dem Anspruche zu befreien, d. h., wie es in dem angenommenen Antrage hieß, die Rechtslage, die vor der Wiedererlangung bestand, wiederherzustellen, also die Zulässigkeit der selbständigen Geltendmachung des Anspruchs wieder zu beseitigen. Durch die Rückgabe verliert der Eigentümer nicht etwa sein Eigentum zugunsten des Besitzers, sondern dieser erlangt das Zurückbehaltungsrecht wieder und kann unter den Voraussetzungen des § 1003 aus der Sache Befriedigung suchen.

Daß das Rückgaberecht durch Genehmigung der Verwendungen ausgeschlossen ist, muß der Besitzer beweisen.

Dem Rückgaberechte des Eigentümers entspricht die Rücknahmepflicht des Besitzers; kommt dieser mit der Rücknahme in Verzug, so muß er sich vermöge der ihm obliegenden Schadensersatzpflicht so behandeln lassen, wie wenn die Rücknahme erfolgt wäre (§ 249 Satz 1), kann also seinen Ersatzanspruch nicht geltend machen. Hört der Verzug dadurch auf, daß sich der Besitzer zur Rücknahme erbietet, so wird er den Ersatzanspruch wieder geltend machen können, bis der Eigentümer die Sache zurückgegeben hat, unbeschadet des Anspruchs des Eigentümers auf Ersatz des ihm durch den Verzug sonst etwa erwachsenen Schadens.

Das Rückgaberecht kann auch noch nach Geltendmachung des Ersatzanspruchs des Besitzers ausgeübt werden; die Ausübung führt in diesem Falle zur Abweisung der Klage.

Ist die Sache zwischen der Wiedererlangung und der Rückgabe verschlechtert oder belastet, so nimmt dies der Rückgabe nicht die befreiende Wirkung, sondern verpflichtet nur den Eigen-

§. 1002. Giebt der Besitzer die Sache dem Eigenthümer heraus, so erlischt der Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen mit dem Ablauf eines Monats, bei einem Grundstücke mit dem Ablaufe von sechs Monaten nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Eigenthümer die Verwendungen genehmigt.

Auf diese Fristen finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§. 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.

---

tümer, falls ihm ein Verschulden zur Last fällt, dem Besitzer gegenüber zum Schadensersatz. Ist die Sache untergegangen und dadurch die Möglichkeit der Rückgabe weggefallen, so wird angenommen werden müssen, daß auch das Recht des Eigentümers, sich durch Rückgabe zu befreien, ausgeschlossen ist.

3. Satz 3 hebt einen besonderen Fall stillschweigender Genehmigung der Verwendungen hervor.

a) Der Fall ist der, daß der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt. Es genügt ein allgemeiner Vorbehalt. Angabe des als Ersatz verlangten Betrags ist nicht erforderlich. Letzteres war im E. I § 938 Abs. 3, der gleichfalls an die vor oder bei der Herausgabe der Sache erfolgte Anzeige der Ersatzansprüche des Besitzers eine besondere Wirkung knüpfte, für die Wirksamkeit dieser Anzeige ausdrücklich ausgesprochen, und ist nach der oben unter 1b mitgeteilten Entstehung des § 1001 auch als der Sinn des jetzigen Satz 3 anzusehen. Der Eigentümer, dem die Sache unter einem allgemeinen Vorbehalte der Ersatzansprüche angeboten wird, muß sich, bevor er die Sache annimmt, nötigenfalls über die Höhe der Ansprüche vergewissern, widrigenfalls die Verwendungen mit der Maßgabe als genehmigt gelten, daß der Betrag der Ansprüche sich nach den gesetzlichen Vorschriften bestimmt.

b) Über die Wirkung der Annahme der unter Vorbehalt angebotenen Sache vgl. Erl. 1a.

§ 1002.

E. I § 938 Abs. 3; II § 913 Abs. 2 rev. § 987; III § 986. P. I S. 4194 ff., 11968; M. III S. 417. P. II Bd. 3 S. 357, 359, 371 ff.; Bd. 4 S. 591 f.; Bd. 6 S. 236 f. D. S. 666.

Der § 1002 gewährt dem Eigentümer für den Fall, daß ihm die Sache von dem Besitzer ohne Vorbehalt der Ersatzansprüche herausgegeben ist, **Schutz gegen verzögerte Geltendmachung der Ansprüche,** indem er für die Geltendmachung eine kurze Ausschlußfrist bestimmt.

1. Voraussetzung für die Ausschließung des Ersatzanspruchs ist;

a) daß der Eigentümer die Sache durch Herausgabe seitens des Besitzers, nicht in anderer Weise wiedererlangt hat; dies hat gegebenenfalls der Eigentümer zu beweisen;

b) daß seit der Herausgabe bei beweglichen Sachen ein Monat, bei Grundstücken sechs Monate verstrichen sind. Die Frist berechnet sich nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, 3. Wegen einer Verlängerung der Frist vgl. unter 2a a. E.

2. Zur Widerlegung der vom Eigentümer behaupteten Ausschließung hat der Besitzer zu beweisen, daß vor dem Ablaufe der Frist entweder

a) der Ersatzanspruch von ihm gerichtlich geltend gemacht ist. Wegen des Begriffs der gerichtlichen Geltendmachung vgl. Erl. 2 zu § 941. Außer den dort bezeichneten Arten der Geltendmachung kommen hier auch die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren, die Anmeldung des Anspruchs im Konkurs und die eventuelle Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozeß in Betracht, letztere selbstverständlich nur dann, wenn die Aufrechnung nicht wirklich erfolgt und der Ersatzanspruch daher nicht erloschen ist (Bd. I S. 354, Erl. 2a zu § 209). Steht der Geltendmachung des Anspruchs eines der in den §§ 203, 206, 207 bezeichneten Hindernisse entgegen, so verlängert sich die Ausschlußfrist nach Maßgabe jener Vorschriften (Abs. 2);

oder **b)** der Eigentümer die Verwendungen genehmigt hat, sei es durch Annahme der unter Vorbehalt des Ersatzanspruchs angebotenen Sache (Erl. 3 zu § 1001), sei es anderweit (Erl. 1b daselbst) vor oder nach der Herausgabe der Sache.

3. Sind die Voraussetzungen des § 1002 nicht gegeben, so unterliegt der Ersatzanspruch lediglich den allgemeinen Vorschriften über die Verjährung.

§. 1003. Der Besitzer kann den Eigenthümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstücke nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt.

Bestreitet der Eigenthümer den Anspruch vor dem Ablaufe der Frist, so kann sich der Besitzer aus der Sache erst dann befriedigen, wenn er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrags der Verwendungen den Eigenthümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufgefordert hat und die Frist verstrichen ist; das Recht auf Befriedigung aus der Sache ist ausgeschlossen, wenn die Genehmigung rechtzeitig erfolgt.

---

§ 1003.

E. II § 914 rev. 988; III § 987. P. II Bd. 3 S. 359 ff., 371 ff.; Bd. 4 S. 591 f.; Bd. 6 S. 236 f. D. S. 666.

1. Zweck und Bedeutung. Der § 1003 gibt dem Besitzer unter bestimmten Voraussetzungen das Recht, aus der Sache Befriedigung wegen seiner Ersatzansprüche zu suchen, und eröffnet ihm hierdurch einen Weg zur Befriedigung auch für die Fälle, in denen er nicht durch die Genehmigung der Verwendungen ein unentziehbares Recht zur selbständigen Geltendmachung seiner Ansprüche erlangt hat, sei es daß der Eigentümer die Annahme der Sache ohne Genehmigung der Verwendungen verweigert, sei es daß er die Sache in einer eine Genehmigung der Verwendungen nicht enthaltenden Weise wiedererlangt und nach § 1001 Satz 2 dem Besitzer zurückgegeben hat. Der E. I gab dem Besitzer in diesen Fällen kein zum Ziele führendes Angriffsmittel, sondern verwies ihn lediglich auf das Zurückbehaltungsrecht und die Möglichkeit, den Eigentümer in Verzug der Annahme zu versetzen, wobei die Frage offen gelassen war, ob der Besitzer durch den Annahmeverzug auch berechtigt werde, die Sache versteigern zu lassen und den Erlös zu hinterlegen (E. I § 941, M. III S. 415, 421).

2. Voraussetzung des im § 1003 anerkannten Befriedigungsrechts des Besitzers ist:

a) daß der Eigentümer weder die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Ersatzanspruchs angebotene Sache angenommen noch sonst die Verwendungen genehmigt hat und

b) auch nicht innerhalb einer ihm vom Besitzer bestimmten Frist die Genehmigung erklärt.

α) Die Fristbestimmung muß unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags und mit der Aufforderung zur Erklärung darüber, ob der Eigentümer die Verwendungen genehmige, erfolgen. Sie bedarf zur Wirksamkeit keiner besonderen Form, jedoch muß der Besitzer sich den Beweis der vorschriftsmäßig erfolgten Fristbestimmung und des Zeitpunkts, in welchem sie dem Eigentümer zugegangen ist (§ 130), sichern.

β) Die bestimmte Frist muß eine angemessene sein (s. Bd. II S. 24 ff. Erl. 2—5 zu § 250) Über die Angemessenheit hat bei nachträglichem Streite über die Berechtigung des Besitzers zur Befriedigung aus der Sache das Gericht zu befinden. Wird sie verneint, so ergibt sich die Widerrechtlichkeit des Verfahrens des Besitzers. Es wird sich daher eine reichliche Bemessung der Frist empfehlen. Für die Berechnung der Frist sind, mangels anderweitiger Bestimmung des Besitzers, die §§ 187, 188 maßgebend.

γ) Der Eigentümer muß es entweder unterlassen haben, innerhalb der Frist sich zu erklären, dann erlangt der Besitzer das unentziehbare Befriedigungsrecht mit dem Ablauf der Frist; oder, falls er vor dem Ablaufe der Frist dem Besitzer gegenüber erklärt, daß er den Ersatzanspruch bestreite, so muß der Besitzer zunächst die rechtskräftige Feststellung „des Betrags der Verwendungen", d. h. des ihm für diese zu ersetzenden Betrags herbeiführen, und zwar, da die Leistungsklage nach § 1001 nicht zulässig ist, durch Erhebung einer Feststellungsklage (CPO. § 256), und sodann dem Eigentümer eine neue angemessene Frist mit der Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung der Verwendungen bestimmen. In diesem Falle erlangt der Besitzer das Befriedigungsrecht, wenn der Eigentümer nicht innerhalb der Frist die Verwendungen genehmigt, also entweder auch die neue Frist ohne Erklärung verstreichen läßt oder wiederum innerhalb dieser Frist nur seinen Ersatzanspruch bestreitet.

Erklärt der Eigentümer vor dem Ablaufe der ersten und im Falle anfänglichen Bestreitens vor dem Ablaufe der zweiten Frist seine Genehmigung (vgl. § 130), so erlangt der Besitzer nach § 1001 das Recht, seinen Ersatzanspruch selbständig geltend zu machen, während das Befriedigungsrecht nach § 1003 ausgeschlossen ist.

δ) Beweispflichtig ist in betreff der rechtzeitig erfolgten Erklärung der Genehmigung oder des Bestreitens der Eigentümer, im übrigen der Besitzer.

3. **Die Durchführung des dem Besitzer gewährten Rechtes auf Befriedigung aus der Sache bestimmt sich**

a) bei beweglichen Sachen nach den Vorschriften über den Pfandverkauf. Nur diese Vorschriften, nicht die sonstigen Vorschriften über das Pfandrecht finden Anwendung. Daraus folgt u. a., daß das hier fragliche Recht nur dann von Bedeutung ist, wenn der Besitzer noch oder wieder, nicht dagegen wenn der Eigentümer die Sache im Besitze hat, da in letzterem Falle der Besitzer keinen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Eigentümer hat. Für den Verkauf der Sache sind die §§ 1234—1247 maßgebend.

b) bei Grundstücken nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Maßgebend sind, da das ZVG. in seinem dritten Abschnitt eine besondere Vorschrift nicht enthält, die Vorschriften des ersten Abschnitts über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung. Beide Maßregeln setzen einen vollstreckbaren Titel voraus. Der Besitzer muß daher zunächst auf Grund des Nachweises der im § 1003 bestimmten Voraussetzungen ein vollstreckbares Urteil erwirken, durch welches der Eigentümer verurteilt wird, zu dulden, daß der Besitzer wegen des Anspruchs auf den (bei der Fristbestimmung angegebenen) Geldbetrag seiner Verwendungen aus dem Grundstücke befriedigt werde. Ein solches Urteil ist auch im Falle des § 1003 Abs. 2 noch erforderlich, weil das vorher erlassene Feststellungsurteil nicht als vollstreckbarer Titel dienen kann und auch nicht den Eintritt der weiteren Voraussetzungen des Befriedigungsrechts nachweist. Ein unmittelbar zum Ersatze der Verwendungen verurteilendes Erkenntnis kommt für die Geltendmachung des im § 1003 gewährten Befriedigungsrechts als vollstreckbarer Titel praktisch nicht in Betracht; denn wenn der Besitzer eine solche Verurteilung erwirkt hat, so kann er aus dem Urteil ohnehin die Zwangsvollstreckung betreiben und erlangt durch das Befriedigungsrecht keine weitergehenden Rechte, als sie dem betreibenden persönlichen Gläubiger auch sonst zustehen.

Der Besitzer hat auf Grund des vollstreckbaren Titels ein Recht auf Befriedigung lediglich in der fünften der im § 10 des ZVG. bestimmten Klassen, also auch kein Vorrecht vor den nach der Vornahme der Verwendung entstandenen Rechten an dem Grundstücke.

Die Eintragung einer Sicherungshypothek für seine Forderung (CPO. § 866) kann der Besitzer nicht verlangen, da sie kein Mittel zur Befriedigung aus dem Grundstück ist.

Bei einem in das Schiffsregister eingetragenen Schiffe kann der Besitzer mit Rücksicht auf § 1268 gleichfalls nur nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften Befriedigung suchen, also durch Zwangsversteigerung (CPO. § 870 Abs. 2, ZVG. §§ 162 ff.).

4. **Annahmeverzug des Eigentümers in bezug auf den Ersatz der Verwendungen.** Der E. I enthielt im § 941 die Bestimmung, daß der Eigentümer auch dann in Verzug der Annahme komme, wenn er die Sache anzunehmen bereit sei, jedoch die Befriedigung oder Sicherstellung der auf Grund der §§ 936, 937 erhobenen Ansprüche nicht anbiete (P. I S. 4194 ff., 4200, 5587, 6224, 6230 f.; M. III S. 420 f.). Die zweite Kommission hat diese Vorschrift gestrichen (P. II Bd. 3 S. 370), indem sie teils annahm, daß sich die Anwendbarkeit des § 298 auf den Eigentümer neben dem § 1003 von selbst verstehe, teils davon ausging, daß der § 1003 die Vorschrift des § 298, wenn man sie nicht ohne weiteres für anwendbar erachte, ersetze, falls sie dagegen an sich als anwendbar anzusehen sei, als eine Sondervorschrift ausschließe. Von den verschiedenen in der Kommission ausgesprochenen Meinungen dürfte die erste den Vorzug verdienen. Da auf den Herausgabeanspruch des Eigentümers im allgemeinen die Vorschriften über Schuldverhältnisse Anwendung finden, da ferner der Besitzer nach § 1000 nur gegen Ersatz der Verwendungen zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Eigentümer nach § 298 in Verzug kommt, wenn er zwar die Sache anzunehmen bereit ist, den verlangten und geschuldeten Ersatz aber nicht anbietet. Die Möglichkeit, den Eigentümer in Annahmeverzug zu versetzen, ist für den Besitzer auch keineswegs neben § 1003 ohne Bedeutung. Denn der Annahmeverzug erleichtert für die unter Umständen recht

§. 1004. Wird das Eigenthum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigenthümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigenthümer auf Unterlassung klagen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigenthümer zur Duldung verpflichtet ist.

---

lange Zeit, während deren er die Sache noch im Besitze behält (vgl. namentlich § 1003 Abs. 2), die Haftung des Besitzers für Schäden und Nutzungen (§ 300 Abs. 1, § 302) und gibt ihm einen Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung der Sache machen mußte (§ 304). Der Besitzer wird daher zweckmäßigerweise vor oder bei der Fristbestimmung nach § 1003 dem Eigentümer auch die Sache in einer den Annahmeverzug begründenden Weise (§§ 294, 295) unter Angabe des von ihm als Ersatz verlangten Betrags anbieten müssen.

§ 1004.

E. I §§ 943, 944; II § 916 rev. § 989; III § 988. P. I S. 4247 ff., 6225, 6231; M. III S. 422 ff. P. II Bd. 3 S. 377 ff.

1. **Der § 1004 regelt den negatorischen Eigentumsanspruch.** Der Eigentümer kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, andere von jeder Einwirkung auf die Sache ausschließen (§ 903). Soweit die Einwirkung des anderen darin besteht, daß er die Sache im Besitze hat, dient zum Schutze des Eigentümers der Anspruch auf Herausgabe (§§ 985 ff.). Bei anderen Einwirkungen steht dem Eigentümer ein dinglicher Anspruch nach Maßgabe des § 1004 zu, und zwar sowohl bei Grundstücken als auch bei beweglichen Sachen.

2. **Die Voraussetzungen des im § 1004 bestimmten Anspruchs sind folgende:**

a) Eigentum an der Sache. Für den Nachweis dieser Voraussetzung gilt bei Grundstücken das in der Erl. 1a α zu § 985 Gesagte. Bei beweglichen Sachen steht dem Eigentümer sowohl in dem Regelfalle, daß er gegenwärtiger Besitzer ist, als auch dann, wenn er früher Besitzer war, die Vermutung des Eigentums nach § 1006 zur Seite. Hat er die Sache auch früher nicht besessen, sondern ohne Besitzerwerb das Eigentum erworben, so muß er den Eigentumserwerb beweisen.

b) Eine Beeinträchtigung des Eigentums, die nicht in der Entziehung oder der Vorenthaltung des Besitzes besteht. Aus dieser negativen Begrenzung der hier in Betracht kommenden Beeinträchtigungen darf nicht entnommen werden, daß nur dem besitzenden Eigentümer der negatorische Anspruch zustehe. Das Eigentum kann zugleich von dem einen durch Besitzentziehung und von einem anderen durch sonstige Einwirkungen beeinträchtigt werden; dem Eigentümer steht es dann frei, zunächst den letzteren entgegenzutreten. Jede Einwirkung auf eine fremde Sache ist eine Beeinträchtigung des Eigentums an ihr, sofern nicht ausnahmsweise der Eigentümer zu ihrer Duldung verpflichtet ist (Abs. 2, unten Erl. 5). Aber nicht jede Beeinträchtigung des Eigentums genügt zur Begründung des negatorischen Anspruchs, ebensowenig wie jede Besitzstörung zur Begründung des im § 862 bestimmten Anspruchs (Erl. 1a zu § 862).

Die Beeinträchtigung muß vielmehr in einem dem Inhalte des Eigentums widersprechenden Zustande bestehen. Dieser kann sein:

α) eine fortdauernde äußere Einwirkung auf die Sache, insbesondere das Halten einer Anlage, die in den Herrschaftsbereich des Eigentümers (§ 905) körperlich hineinreicht oder sonstige unzulässige Einwirkungen zur Folge hat (vgl. § 906). Die Vorschriften der §§ 907—909 über nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkungen stellen sich als eine Erweiterung des Inhalts des Eigentums dar, und die dort bestimmten Ansprüche sind dementsprechend Erweiterungen des negatorischen Anspruchs. Das gleiche gilt von den nach Art. 124 des EG. unberührt gebliebenen landesgesetzlichen Beschränkungen des Eigentums an Grundstücken zugunsten der Nachbarn, insbesondere durch Vorschriften über einen bei Anlagen einzuhaltenden Abstand von der Grenze. Inwieweit der Nachbar bei Nichtbeobachtung des Abstandes Beseitigung der Anlage verlangen kann, bestimmt sich zunächst nach den darüber erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften; in Ermangelung solcher erachtete die zweite Kommission eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen des BGB. über den Grenzüberbau (§§ 912 ff.) für unbedenklich zulässig. Vgl. über Störung durch Abrutschen von Erdmassen RG. bei Seuff. A. 60 S. 104.

β) eine fortdauernde Gefahr weiterer unzulässiger Einwirkungen auf die Sache. Eine einzelne vorübergehende Einwirkung, z. B. ein einmaliges Fahren über ein Grundstück, begründet regelmäßig keinen negatorischen Anspruch, sondern nur gegebenenfalls einen persönlichen Anspruch auf Schadensersatz. Nur wenn durch die Einwirkung nach den Umständen die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen begründet erscheint, wenn z. B. das Fahren über das Grundstück in der aus den Umständen ersichtlichen Absicht der Ausübung einer Grunddienstbarkeit geschehen ist, gibt der Abs. 1 Satz 2 dem Eigentümer den negatorischen Anspruch.

γ) Gegen die Beeinträchtigung des Eigentums durch Unrichtigkeit des Grundbuchs wird der Eigentümer durch den besonderen Berichtigungsanspruch nach § 894 geschützt.

c) Rechtsanmaßung seitens des Beklagten ist zur Begründung des negatorischen Anspruchs nicht erforderlich (RG. bei Gruch. 44 S. 1094; Rspr. 4 S. 313, 510). Sie begründet auch anderseits für sich allein nicht diesen Anspruch; vielmehr steht gegen sie dem Eigentümer nur das Mittel der negativen Feststellungsklage zu Gebote (M. III S. 423; ebenso Dernburg Bd. 3 § 125 Nr. 3; a. A. Kober Erl. 2c zu § 1004). Auch das bloße Bestreiten des Eigentums im Rechtsstreit begründet nicht den Anspruch auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen (Bayer. ObLG. 3 S. 506, Seuff. A. 58 S. 71).

d) Ein Verschulden desjenigen, durch dessen Willen der beeinträchtigende Zustand aufrecht erhalten wird, ist nicht Voraussetzung des dinglichen Anspruchs (Rspr. 4 S. 313, 510). Es genügt z. B. das objektive Hinüberreichen eines Gebäudes über die Grenze, abgesehen von einem nach § 912 vom Nachbar zu duldenden Überbau, sowie eine in gutem Glauben vorgenommene unzulässige Einwirkung, die vielleicht gerade wegen des guten Glaubens des Einwirkenden weitere Beeinträchtigungen besorgen läßt.

3. Der Anspruch richtet sich gegen den Störer (s. über und gegen diesen Ausdruck Hölder im Arch. f. civ. Pr. 93 S. 21, 39), d. i. denjenigen, durch dessen Willen der das Eigentum beeinträchtigende Zustand besteht oder von dessen Willen die Beseitigung dieses Zustandes abhängt. Daß die Beeinträchtigung durch eine Handlung des Beklagten herbeigeführt sei, ist nicht immer notwendig. Wenn sich z. B. eine an der Grenze stehende Mauer durch Senkung des Bodens in den Luftraum des Nachbargrundstücks hinüberneigt, so kann der Eigentümer des letzteren von dem Eigentümer, unter Umständen auch von dem Besitzer der Mauer Beseitigung verlangen.

Bei einer Anlage, von der unzulässige Einwirkungen ausgehen, ist nicht derjenige, welcher sie errichtet hat, als solcher gegenüber dem Anspruche passiv legitimiert (ebenso Rspr. 4 S. 65), sondern derjenige, welcher die Anlage hält (Rspr. 3 S. 181), z. B. bei einer Kanalisationsanlage oder der Abführung städtischer Abwässer in einen Privatsee die Gemeinde (JW. 1901 S. 52, Gruch. 45 S. 1008, Seuff. A. 58 S. 15). Dagegen ist der Eigentümer eines Grundstücks wegen Einwirkungen, die von dem Grundstück ausgehen, nicht als solcher, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen passiv legitimiert, namentlich bei Einwirkungen seitens eines Mieters dann, wenn die Einwirkung mit seinem Willen begonnen oder die Fortsetzung von ihm, wenn auch ohne Verschulden, nicht gehindert wird (RG. 45 S. 298, 47 S. 164, JW. 1902 Beil. S. 187, 1904 S. 142, Gruch. 46 S. 650, 48 S. 949, Rspr. 2 S. 315, 3 S. 11, DJZ. 1903 S. 252). Vgl. ferner über den negatorischen Anspruch gegen den Eigentümer eines Grundstücks, der die Benutzung eines fremden Weges zum Anfahren von Baumaterialien für sein Grundstück veranlaßt oder duldet, RG. bei Seuff. A. 60 S. 18, gegen den Unternehmer einer Kleinbahn wegen Einwirkungen durch Funkenflug s. RG. 59 S. 74.

4. Gegenstand des Anspruchs ist

a) bei einer äußerlich fortdauernden Beeinträchtigung (oben 2bα) die Beseitigung der Beeinträchtigung, d. h. das hierzu erforderliche positive Tun, und zwar auf Kosten des Beklagten. Ist die Beseitigung unmöglich, so kann der Eigentümer nicht mit dem negatorischen Anspruche statt ihrer Schadensersatz in Geld verlangen; ein solcher Anspruch kann vielmehr nur aus einem besonderen Verpflichtungsgrunde hergeleitet werden (RG. in JW. 1902 S. 72). Auch die Vorschrift des § 251 Abs. 2 findet hier keine Anwendung (RG. 51 S. 408, vgl. Rspr. 4 S. 313, 510). Als unmöglich ist aber die Beseitigung der Beeinträchtigung nicht schon dann anzusehen, wenn zwar nicht derjenige Zustand, in welchem sich die Sache vor der Beeinträchtigung befunden hat, aber ein praktisch diesem gleichwertiger Zustand hergestellt werden kann, wie z. B. durch die Zuschüttung eines Grabens. Für die Vollstreckung des auf Beseitigung gerichteten Urteils ist der § 887 der CPO. maßgebend.

b) Bei fortdauernder Gefahr weiterer Beeinträchtigungen (oben 2bβ) geht der Anspruch auf Unterlassung solcher. Die negative Richtung der Verurteilung entspricht dem Wesen des Anspruchs (RG. in JW. 1900 S. 501, Gruch. 44 S. 1096, 1097). Die Herstellung von Einrichtungen, welche künftigen Beeinträchtigungen vorbeugen, während des Rechtsstreits schließt die Verurteilung nur aus, wenn die Wiederbeseitigung oder Nichtbenutzung der Einrichtungen unmöglich erscheint (RG. in JW. 1902 S. 70, Seuff. A. 57 S. 62). Die Verurteilung zur Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen ist in allgemeiner Form auszusprechen; erst die Vollstreckung des Urteils (nach § 890 der CPO.) ist auf bestimmte Maßnahmen zu richten (RG. in JW. 1903 Beil. S. 77, vgl. auch ebenda S. 103).

5. Abs. 2. **Ausgeschlossen ist der Anspruch**, wenn der Eigentümer zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet ist. Die Duldungspflicht kann beruhen

a) auf gesetzlichen Beschränkungen des Inhalts des Eigentums, wie sich solche aus § 904, § 905 Satz 2, § 906, § 912 Abs. 1 ergeben;

b) auf einem dem Eigentümer gegenüber begründeten Rechte zur Vornahme der beeinträchtigenden Handlung, sei es einem dinglichen, z. B. einer Dienstbarkeit, sei es einem persönlichen, z. B. dem obligatorischen Rechte auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit (RG. in CBl. f. FG. 5 S. 371). Soweit sich die Vorschrift des § 1004 Abs. 2 auf solche dem negatorischen Anspruche entgegenstehende Rechte bezieht, entspricht sie dem § 986 Abs. 1. Der E. I § 944 erklärte daher auch, ebenso wie der von der zweiten Kommission angenommene Antrag, lediglich die dem jetzigen § 986 Abs. 1 entsprechenden Vorschriften auf den negatorischen Anspruch für entsprechend anwendbar. Der § 1004 Abs. 2 unterscheidet sich dagegen vom § 986 Abs. 1 dadurch, daß diese Vorschrift dem Beklagten eine Einrede gewährt, während nach § 1004 Abs. 2 der Anspruch ausgeschlossen ist. Indessen dürfte die jetzige Fassung des § 1004 Abs. 2 nur darauf beruhen, daß die Vorschrift auch die oben zu a erwähnten Fälle mitumfaßt; eine [sa]chliche Abweichung vom E. I und vom § 986 Abs. 1 ist dagegen nicht bezweckt. Auch gegenüber dem negatorischen Anspruche kann hiernach der Beklagte auf Grund eines Rechtes zur Vornahme der Beeinträchtigung nur eine Einrede geltend machen. Eine verschiedene Behandlung des Gegenrechts des Beklagten in den Fällen des § 986 und des § 1004 Abs. 2 lehnen auch Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 183, 900 und Wolff, das Recht zum Besitze S. 152 A. 1 ab; ersterer macht aber umgekehrt aus der Fassung des § 1004 Abs. 2 Bedenken gegen die Behandlung des Gegenrechts im Falle des § 986 als Einrede im technischen Sinne geltend, was mit Rücksicht auf die Fassung dieser Vorschrift und die feste Terminologie des BGB. nicht zutreffend erscheint (vgl. aber auch a. a. O. S. 893 und ferner Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse S. 202).

Die Voraussetzungen der Ausschließung des Anspruchs hat der Beklagte zu beweisen.

Behauptet der Beklagte, die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechtes eines Dritten vorgenommen zu haben, so kann er nach § 77 der CPO. dem Kläger den Dritten mit der dort bestimmten Wirkung als seinen Rechtsurheber benennen (nominatio auctoris).

6. **In betreff der Verjährung des Anspruchs** s. Erl. 4 zu § 985.

7. **Eine Beschränkung des § 1004** ergibt sich gegenüber Einwirkungen, die von einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage ausgehen, aus § 26 Gew.O., demzufolge die Klage nicht auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Gewerbebetrieb unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden kann (vgl. hierzu Rohmer im Preuß. Verwaltungsbl. 21 S. 81). Die Vorschrift des § 26 kann nach dem EG. Art. 125 landesgesetzlich auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen erstreckt werden (vgl. Bd. VI S. 247 Erl. zu Art. 125, s. auch RG. 59 S. 74).

8. **Die persönliche Haftung des Störers gegenüber dem Eigentümer** bestimmt sich bei den im § 1004 vorausgesetzten Beeinträchtigungen des Eigentums lediglich nach den allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse, ohne daß hier den §§ 987 ff. entsprechende Abweichungen Platz greifen. Der Störer hat insbesondere gezogene Nutzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben und den durch schuldhafte widerrechtliche Verletzung des Eigentums verursachten Schaden nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen zu ersetzen.

§. 1005. Befindet sich eine Sache auf einem Grundstücke, das ein Anderer als der Eigenthümer der Sache besitzt, so steht diesem gegen den Besitzer des Grundstücks der im §. 867 bestimmte Anspruch zu.

§. 1006. Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermuthet, daß er Eigenthümer der Sache sei. Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt.

Zu Gunsten eines früheren Besitzers wird vermuthet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigenthümer der Sache gewesen sei.

Im Falle eines mittelbaren Besitzes gilt die Vermuthung für den mittelbaren Besitzer.

---

§ 1005.

E. I § 867; II § 917 rev. § 990; III § 989. P. I S. 3868 f., 6225, 6271; M. III S. 296 f. P. II Bd. 3 S. 164 ff.

Der **§ 1005 gibt dem Eigentümer einer beweglichen Sache**, die sich auf einem Grundstücke, das ein anderer besitzt, befindet, **den im § 867 bestimmten Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung.**

1. **Voraussetzung des Anspruchs** ist:

a) Eigentum an der Sache. Bezüglich des Beweises gilt das in der Erl. 2a zu § 1004 Bemerkte.

b) Die Sache muß auf ein in fremdem Besitze befindliches Grundstück gelangt sein. Wegen dieser Voraussetzung ist auf die Erl. 2a zu § 867 (oben S. 53) zu verweisen. Das dort Gesagte trifft hier mit der Abweichung zu, daß auch freiwillige Aufgabe des Besitzes seitens des Eigentümers den Anspruch des letzteren nicht ausschließt.

c) Die Sache darf nicht inzwischen von dem Grundstücksbesitzer oder einem Dritten in Besitz genommen sein. Diese Voraussetzung muß, obwohl sie nicht, wie die zu b erwähnte, hier wiederholt ist, doch auch für den im § 1005 gewährten Anspruch gelten; denn sobald die Sache in Besitz genommen ist, ist der Eigentümer durch den Herausgabeanspruch nach § 985 wirksamer geschützt, der hier gegebene Anspruch also entbehrlich.

2. **In betreff der Passivlegitimation**, des Gegenstandes des Anspruchs, der dem Grundstücksbesitzer zustehenden Einrede sowie der Schadensersatzpflicht und des Selbsthilferechts des Eigentümers gilt hier dasselbe wie im Falle des § 867 (s. Erl. 3—6 daselbst).

§ 1006.

E. I § 825; II § 918 rev. § 991; III § 990. P. I S. 3510 ff., 6208, 6214; M. III S. 133 ff. P. II Bd. 3 S. 45 ff., 380 ff. D. S. 667.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 24 ff.; Hedemann, Die Vermutung nach dem Rechte des Deutschen Reichs, Fischers Abhandl. Bd. 9 Hft. 2 S. 273 ff., 286 ff., 312, 314 f., 320, 341.

1. **Bedeutung der Vermutung im allgemeinen.** Die im § 1006 aufgestellte Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache beruht auf einem ähnlichen Gedanken wie die deutschrechtliche Gewere und wie die Vorschrift des Artikel 2279 des Code civil: **En fait de meubles la possession vaut titre.** Sie durchbricht zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast. Nach diesen muß, wer ein Recht für sich in Anspruch nimmt, den Erwerb, d. h. eine bestimmte den Erwerb des Rechtes begründende Tatsache, beweisen, während der Beweis für das Fortbestehen des Rechtes nicht ihm obliegt, vielmehr der Gegner das Erlöschen des Rechtes darzutun hat. Demgegenüber gewährt der § 1006 dem Besitzer einer beweglichen Sache, der das Eigentum an der Sache für sich beansprucht, eine doppelte Erleichterung: der Besitzer braucht einerseits nicht eine bestimmte Erwerbstatsache zu behaupten, sondern kann sich auf die allgemeine Behauptung beschränken, daß er Eigentümer sei oder früher gewesen sei, und er braucht anderseits den Erwerb nicht zu beweisen, seine Behauptung, daß er Eigentümer sei, daß also eine seinen Eigentumserwerb begründende Tatsache eingetreten sei, ist vielmehr bis zum Beweise des Gegenteils als

richtig anzunehmen. Auch ohne den § 1006 würde der Besitzer nur das Vorhandensein einer den Eigentumserwerb begründenden Tatsache zu behaupten und zu beweisen haben; mithin bildet auch nur das Vorhandensein einer solchen Tatsache den wahren Gegenstand der im § 1006 aufgestellten Vermutung. Letztere weicht also, obwohl sie der Fassung nach auf das Bestehen des Eigentums gerichtet ist, von dem im § 292 der CPO. erläuterten Begriffe der Vermutung, wonach Tatsachen den Gegenstand einer solchen bilden, nur scheinbar ab (vgl. Erl. 2 zu § 891).

2. Tragweite der Vermutung. Der § 1006 ist von der zweiten Kommission im Zusammenhange mit den Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentume beschlossen worden. Hier liegt seine Hauptbedeutung, und deshalb ist er in den vorliegenden Abschnitt eingestellt. Seine Tragweite erstreckt sich aber darüber hinaus. Namentlich ersetzt der § 1006 auch die beiden beschränkteren Vermutungen, die der E. I an den Besitz knüpfte: die Vermutung zugunsten des Besitzers einer Sache, welchem der Besitz entzogen oder während seines Besitzes die Sache beschädigt ist, dahin, daß sein Vermögen, wie wenn er Eigentümer der Sache wäre, um den Wert der Sache oder um die Minderung ihres Wertes verringert sei (§ 825), und die in den M. III S. 134 als Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes gekennzeichnete Eigentumsvermutung zugunsten des Verpfänders einer beweglichen Sache in seinem Verhältnisse zum Pfandgläubiger (§ 1195 Abs. 2).

3. **Der Abs. 1 enthält eine Eigentumsvermutung zugunsten des gegenwärtigen unmittelbaren Besitzers einer beweglichen Sache, der nicht einem anderen mittelbaren Besitz vermittelt.**

a) Zur Begründung der Vermutung muß, wer sich auf sie beruft,

α) gegenwärtigen unmittelbaren Besitz der Sache behaupten und nötigenfalls beweisen. In den Fällen des § 855 steht die Vermutung nur dem Besitzherrn, nicht dem Besitzdiener zur Seite. Eigenbesitz (§ 872) braucht der Besitzer nicht darzutun (ebenso Hedemann S. 273 Anm. 4; a. A. die dort Genannten). Er kann sich vielmehr jeder Angabe über den Zweck seines Besitzes enthalten. Gibt er aber einen Zweck an, so kann es nur der sein, die Sache als ihm gehörend zu besitzen. Denn aus jedem anderen Zwecke des Besitzes würde entweder das Bestehen eines mittelbaren Besitzes folgen, durch welches die Vermutung für den unmittelbaren Besitzer ausgeschlossen wird (Abs. 3); oder es würde durch die Angabe über den Zweck des Besitzes die Eigentumsvermutung widerlegt werden, so z. B., wenn der Besitzer die Sache als Finder besitzen will.

β) Der Besitzer muß ferner behaupten, daß er Eigentümer der Sache sei. Diese allgemeine Form der Behauptung ist, obwohl sie nach dem oben unter 1 Bemerkten dem wahren Gedanken des § 1006 nicht genau entspricht, im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes als genügend anzusehen (ebenso Hedemann S. 288). Behauptet der Besitzer nur Nießbraucher oder Pfandgläubiger zu sein, so gilt zu seinen Gunsten eine dem § 1006 entsprechende Vermutung für das Bestehen des behaupteten Nießbrauchs oder Pfandrechts (§§ 1065, 1227).

b) Nur zugunsten des Besitzers besteht die Vermutung. Sie befreit nur den Besitzer selbst von dem Beweise seines Eigentumserwerbes. Ein anderer kann sich, um das Eigentum des Besitzers darzutun, auf die Vermutung nicht berufen (vgl. dagegen § 891).

c) Die Vermutung findet **nur bei beweglichen Sachen** Anwendung, nicht also bei wesentlichen oder nichtwesentlichen Bestandteilen von Grundstücken, wohl aber bei den im § 95 bezeichneten Sachen (vgl. Vorbm. 3 zum dritten Titel des dritten Abschnittes oben S. 220).

d) Die Vermutung ist (außer bei Geld und Inhaberpapieren) nach **Abs. 1 Satz 2 ausgeschlossen** in Rechtsstreitigkeiten zwischen dem gegenwärtigen Besitzer und einem früheren Besitzer, dem die Sache gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist; denn durch solchen unfreiwilligen Besitzverlust, den der frühere Besitzer zu beweisen hat, ist einerseits dieser des Eigentums nicht verlustig geworden, anderseits für den gegenwärtigen Besitzer nach § 935 die Möglichkeit ausgeschlossen, daß er auf dem Wege des gutgläubigen Erwerbes vom Nichteigentümer Eigentum erlangt hätte. Hatte der frühere Besitzer nur mittelbaren Besitz, so ist die Vermutung dann ausgeschlossen, wenn die Sache dem den mittelbaren Besitz vermittelnden Besitzer abhanden gekommen ist (vgl. § 935 Abs. 1 Satz 2), nicht dagegen dann, wenn dieser Besitzer freiwillig, wiewohl ohne die Zustimmung des mittelbaren Besitzers, den Besitz aufgegeben hat (Rspr. 6 S. 118). Dem früheren Besitzer steht sein Erbe oder Sondernachfolger gleich.

Bei Geld- und Inhaberpapieren gilt die Ausnahme von der Vermutung nicht, weil bei ihnen unfreiwilliger Besitzverlust den Eigentumserwerb auf Grund des guten Glaubens nicht hindert (§ 935 Abs. 2).

§. 1007. Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war.

Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, daß dieser Eigenthümer der Sache ist

e) Soweit die Vermutung besteht, muß der Gegner des Besitzers sie durch Gegenbeweis widerlegen. Zu diesem Zwecke muß er entweder beweisen, daß der Besitzer Eigentum nicht erworben, oder daß er es wieder verloren hat (RG. 55 S. 53). Unter Umständen kann sich die Widerlegung der Vermutung aus den eigenen Angaben des Besitzers ergeben (oben unter a α).

4. Der Abs. 2 stellt eine Eigentumsvermutung zugunsten des früheren unmittelbaren Besitzers auf, der nicht einem anderen mittelbaren Besitz vermittelt hat. Sie lautet dahin, daß der frühere Besitzer während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei. Das bedeutet nicht etwa, daß der frühere Besitzer das Fortbestehen seines Eigentums über die Zeit seines Besitzes hinaus beweisen müßte. Eigentlicher Gegenstand der Vermutung ist vielmehr auch hier nur die Tatsache des Eigentumserwerbes. Der Verlust des Eigentums muß dem früheren Besitzer schon nach allgemeinen Grundsätzen bewiesen werden; hierbei kommt dem gegenwärtigen Besitzer die Vermutung des Abs. 1 zu statten, sofern sie nicht durch nachgewiesenen unfreiwilligen Besitzverlust des früheren Besitzers ausgeschlossen ist (ebenso Hedemann S. 320 A. 11, woselbst weitere Literaturnachweise).

Für die Vermutung des Abs. 2 gilt im übrigen das unter 3 Bemerkte. Namentlich unterliegt es auch ohne ausdrücklichen Ausspruch des Gesetzes keinem Zweifel, daß im Verhältnisse des früheren Besitzers zu einem noch früheren Besitzer der Sache durch unfreiwilligen Besitzverlust des letzteren die Vermutung des Abs. 2 gemäß der Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 ausgeschlossen wird (ebenso Gierke S. 26).

5. Der Abs. 3 schließt im Falle eines gegenwärtigen oder früheren mittelbaren Besitzes die Eigentumsvermutungen der Abs. 1, 2 für den den mittelbaren Besitz vermittelnden unmittelbaren Besitzer aus (Erl. 3a α) und überträgt sie auf den mittelbaren Besitzer. Sind mittelbare Besitzer mehrerer Grade vorhanden, so gilt die Eigentumsvermutung nur zugunsten des mittelbaren Besitzers letzten Grades (Erl. zu § 871). Des weiteren ist hier auf die Erl. 3, 4 zu verweisen.

6. Die praktische Bedeutung der Vermutungen des § 1006 für die Geltendmachung der Ansprüche aus dem Eigentum ist in der Erl. 1a β zu § 985 und der Erl. 2a zu § 1004 (vgl. Erl. 1a zu § 1005) erörtert.

Der § 1006 kommt aber dem gegenwärtigen oder früheren unmittelbaren oder mittelbaren Besitzer einer beweglichen Sache auch bei der Geltendmachung von persönlichen Ansprüchen, zu deren Begründung der Nachweis des Eigentums des Besitzers gehört, zu statten. So kann insbesondere der frühere Besitzer, falls ihm ein Anspruch auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung zusteht (§§ 812ff., bes. § 816), auf Grund der Eigentumsvermutung Rückübertragung des Eigentums an der Sache oder nach Maßgabe des § 818 Abs. 2—4 Ersatz des ganzen Wertes der Sache verlangen. Ist die Sache durch eine unerlaubte Handlung (§§ 823ff.) dem Besitzer entzogen, zerstört oder beschädigt, so kann er auf Grund seines vermuteten Eigentums je nach Lage des Falles Rückübertragung des Eigentums oder Ersatz des ganzen Wertes oder der Wertminderung verlangen. Ebenso kann der Besteller eines Nießbrauchs die Ansprüche, welche dem Nießbraucher gegenüber gesetzlich dem Eigentümer zustehen (vgl. insbes. §§ 1051—1055), kraft der Eigentumsvermutung geltend machen.

§ 1007.

E. I § 945; II § 919 rev. § 992; III § 991. M. I S. 4233ff., 6225, 6231; M. III S. 420ff. P. II Bd. 3 S. 380ff. D. S. 667.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 46ff., Koppers, DJZ. 1902 S. 196.

1. Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze. Der § 1007 gewährt bei beweglichen Sachen unter gewissen Voraussetzungen dem früheren Besitzer einen Herausgabeanspruch gegen den gegenwärtigen Besitzer. Voraussetzung des Anspruchs ist nicht, wie bei dem Eigentums-

oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Auf Geld und Inhaberpapiere findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder wenn er den Besitz aufgegeben hat. Im Uebrigen finden die Vorschriften der §§. 986 bis 1003 entsprechende Anwendung.

---

anspruch auf Herausgabe, das Bestehen eines zum Besitze berechtigenden Rechtes an der Sache, sondern zunächst nur die Tatsache des früheren Besitzes in Verbindung mit anderen, teils auf seiten des früheren, teils auf seiten des gegenwärtigen Besitzers liegenden tatsächlichen Umständen. Indem der § 1007 aber dem früheren Besitzer dem gegenwärtigen Besitzer gegenüber mit Rücksicht auf die beiderseitigen tatsächlichen Beziehungen zur Sache einen Anspruch auf Herausgabe gibt, erkennt er dem früheren Besitzer im Verhältnisse zum gegenwärtigen Besitzer unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen das bessere Recht zum Besitze zu. Der im § 1007 bestimmte Anspruch läßt sich hiernach als der Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze oder auch als Anspruch aus früherem Besitze gegen den Schlechterberechtigten kennzeichnen. Er steht somit im Gegensatz einerseits zu den Ansprüchen aus Rechten zum Besitze, wie namentlich dem Eigentumsanspruch, anderseits zu dem im § 861 (§ 869) bestimmten Anspruch aus dem bloßen Besitz.

Ein Schutz des relativ besseren Rechtes zum Besitze war dem römischen Rechte nur in Gestalt der actio Publiciana bekannt, mit welcher der gutgläubige titulierte Erwerber einer Sache diese von einem Schlechterberechtigten vindizieren konnte, falls er bei Unterstellung eines während der Ersitzungszeit fortgesetzten Besitzes Eigentum erworben haben würde (Windscheid Bd. 1 § 199; Dernburg Pandekten Bd. 1 § 228). Viel allgemeinere Anerkennung fand der Gedanke des besseren Rechtes zum Besitz, im Anschluß an deutsche Rechtsanschauungen und die von ihnen beeinflußte gemeinrechtliche Theorie und Praxis, in neueren Gesetzgebungen, namentlich im preußischen ALR. (Förster-Eccius § 164, Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 249; vgl. auch code civil art. 2279 Abs. 2). Dieser Rechtsentwicklung ist, im Gegensatze zum E. I, der im § 945 nur einen im wesentlichen der actio Publiciana entsprechenden Anspruch des gutgläubigen Eigenbesitzers zuließ, die zweite Kommission gefolgt, indem sie den jetzigen § 1007 aufnahm.

Der § 1007 legt dem früheren Besitzer das bessere Recht zum Besitze nicht bei, wenn er entweder bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder den Besitz aufgegeben, also freiwillig verloren hat (Abs. 3 Satz 1). Abgesehen von diesen Fällen kommt dem früheren Besitzer das bessere Recht zum Besitze stets zu gegenüber einem bösgläubigen Besitzer (Abs. 1) und bei anderen Sachen als Geld und Inhaberpapieren auch gegenüber einem gutgläubigen Besitzer, sofern dieser nicht Eigentümer ist oder den Besitz noch vor dem früheren Besitzer unfreiwillig verloren hatte (Abs. 2); außerdem stehen sowohl dem bösgläubigen als auch dem gutgläubigen Besitzer gegen den Anspruch des früheren Besitzers dieselben Einwendungen zu wie nach § 986 dem Besitzer gegen den Anspruch des Eigentümers (Abs. 3 Satz 2).

Die Regelung des Anspruchs schließt sich den Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentume derart an, daß die Abs. 1, 2 und der Abs. 3 Satz 1 des § 1007 den § 985 ersetzen, im übrigen aber nach Abs. 3 Satz 2 die Vorschriften der §§ 986—1003 auf den Anspruch entsprechende Anwendung finden.

2. **Zur Begründung des Anspruchs aus dem besseren Rechte zum Besitz ist folgendes nachzuweisen:**

a) In allen Fällen

α) der frühere Besitz des Klägers. Nicht nur dem früheren Eigenbesitzer steht der Anspruch zu, sondern auch demjenigen, welcher die Sache zu anderem Zwecke, z. B. als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Mieter, Pächter, Verwahrer, Finder 2c., im Besitze gehabt hat. Der Anspruch ist ferner, sowohl einem unmittelbaren als auch einem mittelbaren früheren Besitzer gegeben (§ 868). Dagegen kann er auf ein früheres Besitzdienerverhältnis (§ 855) nicht gegründet werden.

β) der gegenwärtige Besitz des Beklagten. Der Anspruch richtet sich gegen jeden Besitzer, insbesondere auch den mittelbaren Besitzer (Erl. 1 b *β* zu § 985), nicht dagegen gegen einen Besitzdiener.

b) Außerdem entweder

α) bösgläubiger Besitzerwerb des gegenwärtigen Besitzers (Abs. 1). Die Voraussetzung, daß der gegenwärtige Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war, liegt vor, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist (vgl. Erl. 2 a *β* zu § 990). Zum Besitze nicht berechtigt ist der Besitzer auch dann, wenn ihm zwar ein an sich zum Besitze berechtigendes Recht an der Sache, z. B. Eigentum oder Nießbrauch, zusteht, der frühere Besitzer aber ihm gegenüber, z. B. als Mieter, zum Besitze berechtigt ist (Gierke S. 51). **Oder**

β) unfreiwilliger Besitzverlust des früheren Besitzers (Abs. 2). Nur bei Geld und Inhaberpapieren ist die Begründung des Anspruchs auf unfreiwilligen Besitzverlust im Abs. 2 Satz 2 aus demselben Grunde ausgeschlossen, auf dem auch die entsprechende Ausnahme im § 1006 Abs. 1 Satz 2 (Erl. 3 d a. E. zu § 1006) beruht. Bezüglich des unfreiwilligen Besitzverlustes gilt hier das oben S. 234 in der Erl. 2 zu 935 Bemerkte. Insbesondere liegt bei einem früheren mittelbaren Besitz unfreiwilliger Besitzverlust nur vor, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz ohne seinen Willen verloren hat (zweifelnd Cosack Bd. 2 S. 89). Der Nachweis des unfreiwilligen Besitzverlustes macht den Nachweis des Mangels des guten Glaubens auf seiten des Gegners entbehrlich. Dies ist die Bedeutung der Worte, daß bei unfreiwilligem Besitzverluste die Herausgabe „auch von einem gutgläubigen Besitzer" verlangt werden kann.

3. Zur Abwehr des Anspruchs stehen dem gegenwärtigen Besitzer folgende Verteidigungsmittel zu Gebote:

a) In allen Fällen, sei es daß der Anspruch auf Bösgläubigkeit des gegenwärtigen Besitzers, sei es daß er auf unfreiwilligen Besitzverlust gegründet ist:

α) die Einwendung, daß der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war (Abs. 3 Satz 1; vgl. Erl. 2 b *α*). Durch den bösen Glauben des früheren Besitzers wird der Anspruch ausgeschlossen, so daß er auch dann abzuweisen ist, wenn sich der böse Glaube des Klägers aus seinem eigenen Vorbringen ergibt.

β) die nach § 986 dem Besitzer gegen den Eigentumsanspruch zustehenden Einwendungen. Der Besitzer kann also die Herausgabe verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem früheren Besitzer gegenüber vermöge eines dinglichen oder persönlichen Rechtes zum Besitze berechtigt ist. Diese Einrede steht auch dem bei dem Erwerbe des Besitzes bösgläubigen Eigentümer (oben 2 b *α*) zu, aber nur dann, wenn der frühere Besitzer ihm gegenüber nicht mehr zum Besitze berechtigt, z. B. sein Pfandrecht, sein Nießbrauch oder sein Mietrecht erloschen ist (Gierke S. 57; a. A. Kober Erl. III 1 zu § 1007). Stützt sich der Herausgabeanspruch des früheren Besitzers auf einen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erworbenen mittelbaren Besitz, so kann der gegenwärtige Besitzer ihm auch die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehenden Einwendungen entgegensetzen (§ 986 Abs. 2).

b) Außerdem:

α) **wenn der Anspruch auf bösgläubigen Besitzerwerb des gegenwärtigen Besitzers gegründet ist** (Abs. 1), die Einwendung, daß der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben habe (Abs. 3 Satz 1). Die Zulassung dieses Einwandes beruht auf dem Gedanken, daß der Besitzer durch das Aufgeben des Besitzes sein Verhältnis zur Sache freiwillig gelöst hat und deshalb auf seinen früheren Besitz auch einem bösgläubigen Besitzer gegenüber nicht mehr einen Anspruch auf Herausgabe stützen darf. Der Fall, daß der Besitzer den Besitz aufgegeben hat, bildet den Gegensatz zu den Fällen, in denen die Sache dem Besitzer abhanden gekommen ist. Über das Aufgeben des unmittelbaren Besitzes vgl. oben S. 38 Erl. 2 zu § 856. Dadurch, daß der unmittelbare Besitzer mittelbarer Besitzer wird, gibt er den Besitz nicht auf. Im Falle der Ausübung der Gewalt durch einen Besitzdiener kann nur der Besitzherr den Besitz aufgeben. Der mittelbare Besitz wird aufgegeben, wenn entweder der mittelbare Besitzer den mittelbaren Besitz, wie im Falle des § 929 Satz 2, freiwillig beendigt oder überträgt oder der unmittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz aufgibt (a. A. Biermann Erl. 2 b zu § 1006); auf den Willen des mittelbaren Besitzers kommt es im letzteren Falle ebensowenig an, wie im Falle unfreiwilligen Verlustes des unmittelbaren Besitzes für die Frage, ob die Sache dem früheren Besitzer abhanden gekommen ist. Durch die Tatsache, daß der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hat, wird der Anspruch in dem vorstehend unter a *α* bemerkten Sinne ausgeschlossen.

β) **wenn der Anspruch auf unfreiwilligen Besitzverlust gegründet wird:**

αα) die Einwendung, daß der gegenwärtige Besitzer Eigentümer der Sache ist (Abs. 2 Satz 1 a. E.). Der Einwand steht schon nach dem Wortlaute des Gesetzes („auch von einem gutgläubigen Besitzer ..., es sei denn daß dieser ...") nur einem gutgläubigen Besitzer zu. Kann der frühere Besitzer dem Eigentümer bösen Glauben bei dem Erwerbe des Besitzes nachweisen (oben 2 b *α*), so genügt zur Abwehr des Anspruchs nicht der Nachweis des Eigentums des gegenwärtigen Besitzers, sondern dieser muß außerdem dartun, daß er dem früheren Besitzer gegenüber infolge Wegfalls des dem letzteren ihm gegenüber bestehenden Besitzrechts wieder zum Besitze berechtigt ist (oben 3 a *β*).

War der gegenwärtige Besitzer dagegen beim Besitzerwerbe gutgläubig oder doch nicht erweislich bösgläubig, so genügt der bloße Nachweis, daß er Eigentümer ist, zur Abweisung des Anspruchs, er mag das Eigentum schon vor dem unfreiwilligen Besitzverluste des Klägers gehabt oder erst nachher, z. B. durch Erwerb in öffentlicher Versteigerung (§ 935 Abs. 2) oder Ersitzung (§ 937), erworben haben. Der Nachweis des Eigentums des Beklagten schließt nach Abs. 2 Satz 1 den lediglich auf unfreiwillig verlorenen früheren Besitz gegründeten Anspruch unbedingt aus. Das Eigentum gibt dem Beklagten nicht nur eine Einrede, sondern ist eine den Anspruch ausschließende Tatsache, die den Grund des Anspruchs, das bessere Recht zum Besitze beseitigt. Es erscheint hiernach nicht zutreffend, wenn Gierke S. 62 von einer Einrede des Eigentums spricht und zugleich annimmt, daß der Kläger gegen diese Einrede die Replik des besseren Besitzrechts in demselben Umfange habe, in welchem er nach § 986 die entsprechende Einrede gegen die Eigentumsklage des Beklagten hätte (wie Gierke auch Endemann Bd. 2 § 46 S. 187, Lehmann Bd. 1 § 73 S. 215, Biermann Erl. 3c zu § 1006). Dagegen steht es dem Kläger frei, gegenüber der Einwendung des Eigentums seine Abweisung dadurch abzuwenden, daß er den Herausgabeanspruch unter Änderung des Klagegrundes auf ein ihm dem Beklagten gegenüber zustehendes dingliches oder persönliches Recht zum Besitze stützt. Eine solche Klageänderung wird auch ohne Einwilligung des Beklagten nach § 264 der CPO. stets zuzulassen sein, da in ihr eine wesentliche Erschwerung der Verteidigung des Beklagten nicht zu finden ist. Im Ergebnisse steht somit der Kläger nach der hier vertretenen Ansicht nicht ungünstiger als nach der von Gierke entwickelten Auffassung.

ββ) Die Einwendung, daß die Sache dem gegenwärtigen Besitzer vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war (Abs. 2 Satz 1 a. E.). Auch diese Einwendung steht nur dem gutgläubigen Besitzer zu, während der erwiesenermaßen bösgläubige Besitzer einen früheren unfreiwilligen Besitzverlust nur etwa zur Begründung des Einwandes der Bösgläubigkeit des Klägers oder der Einrede aus einem ihm diesen gegenüber zustehenden Rechte zum Besitze verwerten kann. Der gutgläubige gegenwärtige Besitzer schließt dagegen durch den Nachweis, daß er die Sache vor dem Kläger im Besitze gehabt und den Besitz unfreiwillig verloren hat (vgl. oben 2b *β*), den Anspruch aus, weil das auf unfreiwillig verlorenen früheren Besitz gestützte bessere Recht zum Besitz im Verhältnisse zwischen dem Kläger und dem Beklagten nicht jenem, sondern diesem zukommt. Dieser Grund für die Zulassung der Einwendung des früheren unfreiwilligen Besitzverlustes führt dazu, daß die Einwendung für ausgeschlossen zu erachten ist, wenn der Beklagte bei dem Erwerbe des ihm später unfreiwillig verloren gegangenen Besitzes nicht in gutem Glauben war, da dieser Umstand ihm das bessere Recht zum Besitze nach Abs. 3 Satz 1 entzieht. Dem Kläger muß daher, obwohl dies im Abs. 2 Satz 1 nicht ausgesprochen ist, gegen die Einwendung die Replik der Bösgläubigkeit des Beklagten bei dem Erwerbe seines früheren Besitzes gestattet werden (ebenso Gierke S. 63, Biermann Erl. 3d zu § 1007). Aus dem gleichen Grunde kann der Kläger auch durch den Nachweis, daß er selbst Eigentümer der Sache ist, sie z. B. nach dem unfreiwilligen Besitzverluste des Beklagten im Wege öffentlicher Versteigerung erworben habe, die Einwendung des früheren unfreiwilligen Besitzverlustes entkräften (Biermann; a. A. Gierke S. 62).

γγ) Die Einwendung, daß der Kläger den Besitz aufgegeben habe, kommt, obwohl sie nach Abs. 3 Satz 1 anscheinend auch für den Fall des Abs. 2 gegeben ist, dem auf unfreiwilligen Besitzverlust gestützten Anspruche gegenüber nicht in Betracht, weil sich die Behauptung der erfolgten Besitzaufgabe hier lediglich als ein Bestreiten des Klagegrundes darstellen würde (Gierke S. 59).

4. **Der Gegenstand des Anspruchs aus dem besseren Rechte zum Besitz** ist der gleiche wie der des Eigentumsanspruchs auf Herausgabe (vgl. Erl. 2 zu § 985). Hervorzuheben ist

Fünfter Titel.

Miteigenthum.

hier noch, daß auf den Herausgabeanspruch eines früheren Mitbesitzers die Vorschrift des § 1011 entsprechende Anwendung findet, der Mitbesitzer also den Anspruch nur in Gemäßheit des § 432 geltend machen kann.

5. **Der im § 1007 bestimmte Herausgabeanspruch** ist nach den entsprechend anwendbaren Vorschriften über Schuldverhältnisse **abtretbar** und nach § 1922 **vererblich.**

6. **Auf die Verjährung** des hier fraglichen Herausgabeanspruchs finden gleichfalls die für den Eigentumsanspruch auf Herausgabe geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Namentlich ist die Bestimmung des § 221 über die Anrechnung der Besitzzeit des Rechtsvorgängers hier anwendbar, wenngleich man den Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze nicht als einen dinglichen Anspruch im Sinne des § 221, d. h. einen Anspruch aus einem Rechte an der Sache, ansehen kann.

7. **Die Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe von Nutzungen und zum Schadensersatze sowie seine Rechte wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen** bestimmen sich nach den §§ 987—993, 994—1003. Nur der § 998 ist selbstverständlich unanwendbar.

8. **Die praktische Bedeutung des Anspruchs aus dem besseren Rechte zum Besitz ist eine zwiefache.**

a) Der Anspruch steht dem früheren Besitzer in vielen Fällen wahlweise neben dem Anspruch aus einem dinglichen oder persönlichen Rechte zum Besitze zu, insbesondere neben dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe. In diesen Fällen dient er unter Umständen (vgl. über das Verhältnis beider Ansprüche Koppers) zur Erleichterung der Rechtsverfolgung. Dies gilt namentlich im Verhältnisse zum Eigentumsanspruche dann, wenn der Eigentümer den unfreiwilligen Besitzverlust nicht zu beweisen und daher die Eigentumsvermutung zugunsten des Beklagten als des gegenwärtigen Besitzers nicht auszuschließen vermag, dagegen in der Lage ist, die Bösgläubigkeit des gegenwärtigen Besitzers nachzuweisen (Gierke S. 67). In den Fällen des Zusammentreffens des im § 1007 bestimmten Anspruchs mit dem Anspruch aus einem Rechte zum Besitze kann der frühere Besitzer beide Ansprüche in einer Klage verbinden und wird dies nicht selten zweckmäßig tun. Macht er nur den erstgenannten Anspruch geltend, so hindert die rechtskräftige Abweisung dieses Anspruchs ihn ebensowenig an der späteren Geltendmachung des Anspruchs aus dem Rechte zum Besitze wie die rechtskräftige Verurteilung den Beklagten an der Geltendmachung eines Anspruchs auf Rückgabe der Sache aus einem Rechte zum Besitze (CPO. § 322; ebenso Dernburg § 124 Nr. 6; a. A. Gierke S. 65); nur durch die Klage oder Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des Rechtes des Gegners zum Besitze kann der Kläger oder der Beklagte sich gegen die spätere Klage aus dem Rechte die Einrede der Rechtskraft sichern.

Auch mit dem Anspruche wegen Besitzentziehung kann der im § 1007 geregelte Anspruch zusammentreffen und in einer Klage verbunden werden (oben S. 47 zu den §§ 861—864). Der Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze bietet jedoch im Falle der Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht dem früheren Besitzer einen sowohl zeitlich (§ 864 Abs. 1) als auch bezüglich der Passivlegitimation weitergehenden Schutz als der Besitzanspruch (Gierke S. 66).

b) Der Anspruch nach § 1007 bildet ferner für frühere Besitzer, die nur ein persönliches Recht zum Besitze haben (Mieter, Pächter, Verwahrer, Finder 2c.), gegenüber einem Besitzer, der ihnen nicht zur Überlassung der Sache verpflichtet ist, den einzigen Rechtsbehelf zur Wiedererlangung des unfreiwillig verlorenen Besitzes, und das gleiche gilt gegenüber jedem Besitzer für den früheren (gutgläubigen) Besitzer, dem überhaupt kein Recht zum Besitze zusteht.

9. **Bei Grundstücken** ist ein Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze nicht gegeben. Er ist neben dem durch § 891 erleichterten Anspruch aus dem Rechte und neben dem Besitzanspruche nach § 861 entbehrlich.

Fünfter Titel.

v. Seeler, Das Miteigentum nach dem BGB. 1899; Wolff, Der Mitbesitz nach dem Rechte des BGB. Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 143ff.; v. Seeler, ebenda S. 363ff.

1. Das Eigentum einer Sache kann mehreren gemeinschaftlich zustehen. Es fragt sich, wie in solchem Falle die Ausübung des Eigentums durch die mehreren erfolgt und welche

β) **wenn der Anspruch auf unfreiwilligen Besitzverlust gegründet wird:**

αα) die Einwendung, daß der gegenwärtige Besitzer Eigentümer der Sache ist (Abs. 2 Satz 1 a. E.). Der Einwand steht schon nach dem Wortlaute des Gesetzes („auch von einem gutgläubigen Besitzer ..., es sei denn daß dieser ...") nur einem gutgläubigen Besitzer zu. Kann der frühere Besitzer dem Eigentümer bösen Glauben bei dem Erwerbe des Besitzes nachweisen (oben 2 b α), so genügt zur Abwehr des Anspruchs nicht der Nachweis des Eigentums des gegenwärtigen Besitzers, sondern dieser muß außerdem dartun, daß er dem früheren Besitzer gegenüber infolge Wegfalls des dem letzteren ihm gegenüber bestehenden Besitzrechts wieder zum Besitze berechtigt ist (oben 3 a β).

War der gegenwärtige Besitzer dagegen beim Besitzerwerbe gutgläubig oder doch nicht erweislich bösgläubig, so genügt der bloße Nachweis, daß er Eigentümer ist, zur Abweisung des Anspruchs, er mag das Eigentum schon vor dem unfreiwilligen Besitzverluste des Klägers gehabt oder erst nachher, z. B. durch Erwerb in öffentlicher Versteigerung (§ 935 Abs. 2) oder Ersitzung (§ 937), erworben haben. Der Nachweis des Eigentums des Beklagten schließt nach Abs. 2 Satz 1 den lediglich auf unfreiwillig verlorenen früheren Besitz gegründeten Anspruch unbedingt aus. Das Eigentum gibt dem Beklagten nicht nur eine Einrede, sondern ist eine den Anspruch ausschließende Tatsache, die den Grund des Anspruchs, das bessere Recht zum Besitze beseitigt. Es erscheint hiernach nicht zutreffend, wenn Gierke S. 62 von einer Einrede des Eigentums spricht und zugleich annimmt, daß der Kläger gegen diese Einrede die Replik des besseren Besitzrechts in demselben Umfange habe, in welchem er nach § 986 die entsprechende Einrede gegen die Eigentumsklage des Beklagten hätte (wie Gierke auch Endemann Bd. 2 § 46 S. 187, Lehmann Bd. 1 § 73 S. 215, Biermann Erl. 3c zu § 1006). Dagegen steht es dem Kläger frei, gegenüber der Einwendung des Eigentums seine Abweisung dadurch abzuwenden, daß er den Herausgabeanspruch unter Änderung des Klagegrundes auf ein ihm dem Beklagten gegenüber zustehendes dingliches oder persönliches Recht zum Besitze stützt. Eine solche Klageänderung wird auch ohne Einwilligung des Beklagten nach § 264 der CPO. stets zuzulassen sein, da in ihr eine wesentliche Erschwerung der Verteidigung des Beklagten nicht zu finden ist. Im Ergebnisse steht somit der Kläger nach der hier vertretenen Ansicht nicht ungünstiger als nach der von Gierke entwickelten Auffassung.

ββ) Die Einwendung, daß die Sache dem gegenwärtigen Besitzer vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war (Abs. 2 Satz 1 a. E.). Auch diese Einwendung steht nur dem gutgläubigen Besitzer zu, während der erwiesenermaßen bösgläubige Besitzer einen früheren unfreiwilligen Besitzverlust nur etwa zur Begründung des Einwandes der Bösgläubigkeit des Klägers oder der Einrede aus einem ihm diesen gegenüber zustehenden Rechte zum Besitze verwerten kann. Der gutgläubige gegenwärtige Besitzer schließt dagegen durch den Nachweis, daß er die Sache vor dem Kläger im Besitze gehabt und den Besitz unfreiwillig verloren hat (vgl. oben 2 b β), den Anspruch aus, weil das auf unfreiwillig verlorenen früheren Besitz gestützte bessere Recht zum Besitz im Verhältnisse zwischen dem Kläger und dem Beklagten nicht jenem, sondern diesem zukommt. Dieser Grund für die Zulassung der Einwendung des früheren unfreiwilligen Besitzverlustes führt dazu, daß die Einwendung für ausgeschlossen zu erachten ist, wenn der Beklagte bei dem Erwerbe des ihm später unfreiwillig verloren gegangenen Besitzes nicht in gutem Glauben war, da dieser Umstand ihm das bessere Recht zum Besitze nach Abs. 3 Satz 1 entzieht. Dem Kläger muß daher, obwohl dies im Abs. 2 Satz 1 nicht ausgesprochen ist, gegen die Einwendung die Replik der Bösgläubigkeit des Beklagten bei dem Erwerbe seines früheren Besitzes gestattet werden (ebenso Gierke S. 63, Biermann Erl. 3d zu § 1007). Aus dem gleichen Grunde kann der Kläger auch durch den Nachweis, daß er selbst Eigentümer der Sache ist, sie z. B. nach dem unfreiwilligen Besitzverluste des Beklagten im Wege öffentlicher Versteigerung erworben habe, die Einwendung des früheren unfreiwilligen Besitzverlustes entkräften (Biermann; a. A. Gierke S. 62).

γγ) Die Einwendung, daß der Kläger den Besitz aufgegeben habe, kommt, obwohl sie nach Abs. 3 Satz 1 anscheinend auch für den Fall des Abs. 2 gegeben ist, dem auf unfreiwilligen Besitzverlust gestützten Anspruche gegenüber nicht in Betracht, weil sich die Behauptung der erfolgten Besitzaufgabe hier lediglich als ein Bestreiten des Klagegrundes darstellen würde (Gierke S. 59).

4. **Der Gegenstand des Anspruchs aus dem besseren Rechte zum Besitz ist der gleiche** wie der des Eigentumsanspruchs auf Herausgabe (vgl. Erl. 2 zu § 985). Hervorzuheben ist

Fünfter Titel.
Miteigenthum.

hier noch, daß auf den Herausgabeanspruch eines früheren Mitbesitzers die Vorschrift des § 1011 entsprechende Anwendung findet, der Mitbesitzer also den Anspruch nur in Gemäßheit des § 432 geltend machen kann.

5. Der im § 1007 bestimmte Herausgabeanspruch ist nach den entsprechend anwendbaren Vorschriften über Schuldverhältnisse abtretbar und nach § 1922 vererblich.

6. Auf die Verjährung des hier fraglichen Herausgabeanspruchs finden gleichfalls die für den Eigentumsanspruch auf Herausgabe geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Namentlich ist die Bestimmung des § 221 über die Anrechnung der Besitzzeit des Rechtsvorgängers hier anwendbar, wenngleich man den Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze nicht als einen dinglichen Anspruch im Sinne des § 221, d. h. einen Anspruch aus einem Rechte an der Sache, ansehen kann.

7. Die Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe von Nutzungen und zum Schadensersatze sowie seine Rechte wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen bestimmen sich nach den §§ 987—993, 994—1003. Nur der § 998 ist selbstverständlich unanwendbar.

8. Die praktische Bedeutung des Anspruchs aus dem besseren Rechte zum Besitz ist eine zweifache.

a) Der Anspruch steht dem früheren Besitzer in vielen Fällen wahlweise neben dem Anspruch aus einem dinglichen oder persönlichen Rechte zum Besitze zu, insbesondere neben dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe. In diesen Fällen dient er unter Umständen (vgl. über das Verhältnis beider Ansprüche Koppers) zur Erleichterung der Rechtsverfolgung. Dies gilt namentlich im Verhältnisse zum Eigentumsanspruche dann, wenn der Eigentümer den unfreiwilligen Besitzverlust nicht zu beweisen und daher die Eigentumsvermutung zugunsten des Beklagten als des gegenwärtigen Besitzers nicht auszuschließen vermag, dagegen in der Lage ist, die Bösgläubigkeit des gegenwärtigen Besitzers nachzuweisen (Gierke S. 67). In den Fällen des Zusammentreffens des im § 1007 bestimmten Anspruchs mit dem Anspruch aus einem Rechte zum Besitze kann der frühere Besitzer beide Ansprüche in einer Klage verbinden und wird dies nicht selten zweckmäßig tun. Macht er nur den erstgenannten Anspruch geltend, so hindert die rechtskräftige Abweisung dieses Anspruchs ihn ebensowenig an der späteren Geltendmachung des Anspruchs aus dem Rechte zum Besitze wie die rechtskräftige Verurteilung den Beklagten an der Geltendmachung eines Anspruchs auf Rückgabe der Sache aus einem Rechte zum Besitze (CPO. § 322; ebenso Dernburg § 124 Nr. 6; a. A. Gierke S. 65); nur durch die Klage oder Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des Rechtes des Gegners zum Besitze kann der Kläger oder der Beklagte sich gegen die spätere Klage aus dem Rechte die Einrede der Rechtskraft sichern.

Auch mit dem Anspruche wegen Besitzentziehung kann der im § 1007 geregelte Anspruch zusammentreffen und in einer Klage verbunden werden (oben S. 47 zu den §§ 861—864). Der Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze bietet jedoch im Falle der Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht dem früheren Besitzer einen sowohl zeitlich (§ 864 Abs. 1) als auch bezüglich der Passivlegitimation weitergehenden Schutz als der Besitzanspruch (Gierke S. 66).

b) Der Anspruch nach § 1007 bildet ferner für frühere Besitzer, die nur ein persönliches Recht zum Besitze haben (Mieter, Pächter, Verwahrer, Finder rc.), gegenüber einem Besitzer, der ihnen nicht zur Überlassung der Sache verpflichtet ist, den einzigen Rechtsbehelf zur Wiedererlangung des unfreiwillig verlorenen Besitzes, und das gleiche gilt gegenüber jedem Besitzer für den früheren (gutgläubigen) Besitzer, dem überhaupt kein Recht zum Besitze zusteht.

9. Bei Grundstücken ist ein Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze nicht gegeben. Er ist neben dem durch § 891 erleichterten Anspruch aus dem Rechte und neben dem Besitzanspruche nach § 861 entbehrlich.

Fünfter Titel.

v. Seeler, Das Miteigentum nach dem BGB. 1899; Wolff, Der Mitbesitz nach dem Rechte des BGB. Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 143ff.; v. Seeler, ebenda S. 363ff.

1. Das Eigentum einer Sache kann mehreren gemeinschaftlich zustehen. Es fragt sich, wie in solchem Falle die Ausübung des Eigentums durch die mehreren erfolgt und welche

Rechtsstellung der einzelne Teilhaber hat. Das BGB. kennt **zwei Formen des gemeinschaftlichen Eigentums**, das dem gemeinen Rechte entsprechende gemeinschaftliche Eigentum nach Bruchteilen, welches in der Überschrift des fünften Titels als Miteigentum bezeichnet wird und das dem deutschen Rechte entstammende gemeinschaftliche Eigentum zur gesamten Hand. Die Regelung der obigen Fragen ist in betreff des Miteigentums durch die allgemeinen Vorschriften der §§ 741—758 über die Gemeinschaft und durch die zusätzlichen Bestimmungen der §§ 1008—1011 erfolgt. Gemeinschaftliches Eigentum zur gesamten Hand findet statt bei der Gesellschaft (§§ 705—740, insbesondere §§ 711—722), bei der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft und der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1437—1518, insbesondere §§ 1438, 1442—1445, 1471, 1472, 1483), bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519—1548, insbesondere § 1519), bei der Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549—1557, insbesondere § 1549 und bei der Erbengemeinschaft (§§ 2032—2063, insbesondere §§ 2033, 2038—2042). Ein durchgreifender Unterschied zwischen beiden Arten der Gemeinschaft besteht darin, daß bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen kann, während dies bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand ausgeschlossen ist. Das Rechtsverhältnis der mehreren Teilhaber sowohl untereinander wie nach außen hin ist bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen allgemein und und gleichmäßig geordnet, während es bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand je nach dem Grunde und Zwecke der Gemeinschaft verschieden gestaltet ist.

2. Das gemeinschaftliche Eigentum nach Bruchteilen bildet die Regel. Die dafür geltenden Grundsätze finden auf jedes gemeinschaftliche Eigentum Anwendung, sofern nicht im einzelnen Falle dargetan wird, daß ein gemeinschaftliches Eigentum anderer Art vorliegt (§ 741). Bei der Eintragung des gemeinschaftlichen Eigentums an einem Grundstücke für mehrere soll angegeben werden, ob das Eigentum den mehreren nach Bruchteilen oder nach welchem sonstigen Rechtsverhältnisse zusteht (GBO. § 48, Rspr. Bd. 6 S. 488). Ist dies unterblieben, so gilt nicht etwa das gemeinschaftliche Eigentum nach Bruchteilen als eingetragen, so daß hierfür der Glaube des Grundbuchs spräche; vielmehr ist der Nachweis zulässig, daß ein gemeinschaftliches Eigentum anderer Art besteht (Achilles-Strecker, GBO. S. 286 Erl. 6 zu § 48). Gemeinschaftliches Eigentum nach Bruchteilen entsteht entweder kraft des Gesetzes z. B. beim Schatze (§ 984) oder durch Rechtsgeschäft, insbesondere durch gemeinschaftlichen Erwerb. Gemeinschaftliches Eigentum zur gesamten Hand kann rechtsgeschäftlich nur mittelbar durch Vereinbarung desjenigen Rechtsverhältnisses entstehen, bei welchem das BGB. die Gemeinschaft zur gesamten Hand vorschreibt, also durch Vereinbarung einer Gesellschaft und im Falle des Bestehens einer Ehe durch Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft. Bei dem Vorhandensein mehrerer Miterben tritt das gemeinschaftliche Eigentum der Miterben zur gesamten Hand kraft des Gesetzes ein (RG. Bd. 21 A S. 110).

3. Über die juristische Konstruktion des gemeinschaftlichen Eigentums nach Bruchteilen, insbesondere über die Natur des jedem Miteigentümer zustehenden Anteilsrechts besteht in der Theorie Streit (s. Windscheid-Kipp I § 142 Anm. 10a, 11 und die dort angeführte Literatur; Joerges, in Goldschmidts Zeitschrift für das ges. Handelsrecht. Bd. 49 S. 140—227, Bd. 51 S. 47—80). Das BGB. geht davon aus, daß das Anteilsrecht jedes Miteigentümers auch Eigentum ist (M. III S. 438), und stellt folgende Grundsätze auf (über die Einzelheiten s. Bd. II Erl. zu §§ 741—758 und Erl. zu §§ 1008—1011):

a) Über die gemeinschaftliche Sache können nur sämtliche Miteigentümer gemeinschaftlich verfügen (§ 747 Satz 2).

b) Jedem Miteigentümer gebührt ein seinem Bruchteil entsprechender Anteil der Früchte. Jeder ist zum Gebrauche berechtigt, soweit dadurch nicht das Recht der anderen Miteigentümer beeinträchtigt wird (§ 743). Jeder Miteigentümer ist den anderen Miteigentümern gegenüber verpflichtet, die Lasten der Sache und die Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung und Benutzung nach Verhältnis seines Anteils zu tragen (§ 748).

c) Über die Art der Verwaltung und Benutzung wird durch Stimmenmehrheit der Miteigentümer beschlossen. Die Stimmenmehrheit ist nach der Größe der Anteile zu berechnen. Jeder Teilhaber kann in Ermangelung einer Vereinbarung oder eines Mehrheitsbeschlusses eine dem Interesse aller Miteigentümer entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen. Die über die Art der Verwaltung und Benutzung getroffene Regelung wirkt auch für und gegen die Sondernachfolger (§§ 745, 746), bei dem Miteigentum an einem Grundstücke jedoch nur, wenn sie in das Grundbuch eingetragen ist (§ 1010).

§. 1008. Steht das Eigenthum an einer Sache Mehreren nach Bruchtheilen zu, so gelten die Vorschriften der §§. 1009 bis 1011.

§. 1009. Die gemeinschaftliche Sache kann auch zu Gunsten eines Miteigenthümers belastet werden.

Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zu Gunsten des jeweiligen

---

d) Jeder Miteigentümer kann Dritten gegenüber die Ansprüche aus dem Eigentume nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze über gemeinschaftliche Ansprüche, insbesondere nach Maßgabe des § 432 geltend machen (s. Erl. zu § 1011).

e) Jeder Miteigentümer kann über seinen Anteil verfügen (§ 747 Satz 1). Eine Vereinbarung unter den Miteigentümern, durch welche dieses Recht beschränkt wird, hat nach § 137 keine dingliche Wirkung, sondern begründet nur eine obligatorische Verpflichtung unter den Miteigentümern. Die Verfügung über den Anteil erfolgt nach denselben Grundsätzen wie die Verfügung über die ganze Sache. Im E. I § 948 war dies in betreff der Übertragung und Belastung besonders hervorgehoben. Von der zweiten Kommission ist diese Bestimmung gestrichen, aber nur, weil sie selbstverständlich sei (P. II Bd. 3 S. 276). Auch für das Aufgeben des Anteils und für den Erwerb des herrenlos gewordenen Anteils sowie für den Ausschluß des Miteigentümers eines Grundstücks mit seinem Rechte im Wege des Aufgebotsverfahrens gelten dieselben Grundsätze wie in betreff des Eigentums an der ganzen Sache (§§ 928, 958, 959, 927). Im E. I § 950 war dies ausdrücklich bestimmt. In der zweiten Kommission waren Anträge gestellt, nach welchen abweichend von dem E. I im Falle der Herrenlosigkeit eines Anteils Akkreszenz an die Miteigentümer anerkannt werden sollte. Die Anträge wurden zwar abgelehnt, aber auch die Bestimmung des E. I gestrichen, weil man die Entscheidung der Wissenschaft überlassen könne. Die Mehrheit war aber sachlich mit dem E. I einverstanden (P. II Bd. 3 S. 279—281), und diese Auffassung wird als die dem Standpunkte des BGB. entsprechende anzuerkennen sein (s. Erl. 8 zu § 925; Erl. 9 zu § 927; Erl. 10 zu § 928).

f) Jeder Miteigentümer kann die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Eine Vereinbarung, durch welche dieses Recht ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist zwar zulässig, jedoch kann trotzdem jeder Miteigentümer die Aufhebung verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Vereinbarung wirkt auch für und gegen die Sondernachfolger, jedoch kann ein Gläubiger, der die Pfändung eines Anteils erwirkt hat, die Aufhebung der Gemeinschaft ohne Rücksicht auf die Vereinbarung verlangen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist (§§ 749—751). Die Vereinbarung wirkt auch nicht im Konkurse des Miteigentümers (KO. § 16 Abs. 2). Bei dem Miteigentum an Grundstücken wirkt eine Vereinbarung der fraglichen Art gegen den Sondernachfolger nur, wenn sie in dem Grundbuch eingetragen ist (s. Erl. zu § 1010).

g) Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Teilung in Natur oder durch Verkauf der Sache und Teilung des Erlöses nach Maßgabe der §§ 752—758. Bei der Teilung eines Grundstücks tritt indessen die im § 1010 Abs. 2 bestimmte Modifikation ein (s. Erl. zu § 1010).

4. **Anordnung des Stoffes.** Der § 1008 enthält die einleitende Vorschrift, nach welcher für das Miteigentum nach Bruchteilen die §§ 1009—1011 gelten. Der § 1009 enthält Bestimmungen über die Belastung einer Sache zugunsten eines Miteigentümers derselben. Der § 1010 erfordert die Eintragung in das Grundbuch bei dem Miteigentum an einem Grundstücke zur Wirksamkeit gewisser Vereinbarungen und der in den §§ 755, 756 bestimmten Ansprüche gegen Sondernachfolger. Der § 1011 endlich enthält Vorschriften über die Geltendmachung der Ansprüche aus dem Eigentume durch einen Miteigentümer.

5. **Übergangsvorschriften** s. EG. Art. 173, 181 Abs. 2, 182.

§ 1008.

E. I § 946; II § 920 rev. § 993; III § 992. P. I S. 4278 ff., 4298 f., 4318 ff.; M. III S. 437 f. P. II Bd. 3 S. 274 f.

Siehe Vorbm. zu diesem Titel.

§ 1009.

E. I § 947; II § 921 rev. § 994; III § 993. P. I S. 4283 ff.; M. III S. 438 f. P. II Bd. 3 S. 275; Bd. 6 S. 240.

1. **Belastung einer gemeinschaftlichen Sache zugunsten eines Miteigentümers.** Das

Eigenthümers eines anderen Grundstücks sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zu Gunsten der jeweiligen Eigenthümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das andere Grundstück einem Miteigenthümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört.

BGB. hält prinzipiell das Bestehen eines begrenzten dinglichen Rechtes des Eigentümers an seiner eigenen Sache nicht für unzulässig, wie sich aus den §§ 889, 1063, 1177, 1196, 1256 ergibt. Hieraus folgt, daß prinzipiell auch ein solches Recht des Miteigentümers an der gemeinschaftlichen Sache nicht ausgeschlossen ist. Die gedachten Paragraphen bestimmen indessen direkt nur, daß ein dingliches Recht nicht oder doch nicht immer dadurch untergeht, daß es sich mit dem Eigentum in einer Person verbindet; sie lassen die Frage unentschieden, ob auch die Begründung eines solchen Rechtes an der eigenen Sache möglich ist (RG. Bd. 47 S. 202). Der § 1009 entscheidet diese Frage für den Miteigentümer (der Alleineigentümer kommt nicht in Betracht) in bejahendem Sinne. Die Voraussetzung, unter welcher die §§ 1063, 1256 das Fortbestehen des Nießbrauchs oder des Pfandrechts an der eigenen Sache zulassen, daß nämlich der Eigentümer ein Interesse an dem Fortbestehen dieser Rechte habe, braucht hier nicht bestimmt zu werden, weil der Miteigentümer immer ein Interesse an der Begründung eines solchen sich auf die ganze Sache erstreckenden Rechtes hat. Die Vorschrift des § 1009 Abs. 1 ist ganz allgemein; sie bezieht sich sowohl auf bewegliche Sachen als auf Grundstücke und auf alle an denselben zulässigen Rechte. Durch die fragliche Vorschrift wird zugleich der Zweifel abgeschnitten, der daraus abgeleitet werden könnte, daß bei der Begründung eines dinglichen Rechtes an der gemeinschaftlichen Sache zugunsten eines Miteigentümers der letztere gleichzeitig einerseits als Erwerber des Rechtes, und andererseits gemeinschaftlich mit den anderen Miteigentümern als Eigentümer handelt, insofern also mit sich selbst kontrahiert. Der § 181 steht dem zwar nicht entgegen, da der Miteigentümer nicht als Vertreter handelt. Immerhin aber könnte ein Zweifel aus dem Wesen des Vertrags entnommen werden; der § 1009 Abs. 2 schneidet ihn ab (RJA. Bd. 5 S. 73 ff.). Bei dem Abschlusse des betreffenden Vertrags ist es übrigens nicht erforderlich, daß der Miteigentümer, welchem das Recht eingeräumt wird, dasselbe ausdrücklich auch mit einräumt. Regelmäßig wird ein solcher Vertrag in der Art abgeschlossen werden, daß auf der einen Seite der Miteigentümer, welchem das Recht eingeräumt wird, auf der anderen Seite die übrigen Miteigentümer als Vertragschließende auftreten. Dies wird genügen; jedoch muß dabei immer festgehalten werden, daß sachlich der erwerbende Miteigentümer zugleich Verfügender ist, und daß daher, sofern für die Verfügung besondere Erfordernisse z. B. in betreff der Geschäftsfähigkeit bestehen, diese in der Person des Miteigentümers vorliegen müssen. Hieraus ergibt sich für das Grundbuchrecht, daß das Grundbuchamt, wenn die Eintragung von dem erwerbenden Miteigentümer beantragt, von den übrigen Miteigentümern bewilligt wird, zwar an dieser Form keinen Anstoß zu nehmen haben wird, daß es aber die Eintragung nur verfügen darf, wenn auch der Antrag in der für die Bewilligung vorgeschriebenen Weise öffentlich beglaubigt ist.

Aus dem Grundsatze des Abs. 1 folgt insbesondere, daß zugunsten eines Miteigentümers eine Hypothek an dem gemeinschaftlichen Grundstücke bestellt werden kann und daß auf eine solche Hypothek die Vorschriften der §§ 1177, 1197 keine Anwendung finden (Bayer. ObLG. im Recht 1902 S. 533; Seuff. A. Bd. 58 S. 406). Auch Nießbrauch und Pfandrecht an beweglichen Sachen erlöschen nicht dadurch, daß der Nießbraucher oder der Pfandgläubiger Miteigentümer der belasteten Sache wird; die §§ 1063, 1256 finden in diesem Falle keine Anwendung.

2. Der von der zweiten Kommission eingestellte Abs. 2 führt den dem Abs. 1 zugrunde liegenden Gedanken für solche dingliche Rechte durch, die zugleich subjektiv dinglich sind, also für Grunddienstbarkeiten und für die zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehenden Vorkaufsrechte und Reallasten. Ein dingliches Recht der fraglichen Art soll zwischen zwei Grundstücken und zwar zugunsten wie zu Lasten des anderen auch dann begründet werden können, wenn das eine Grundstück in dem gemeinschaftlichen Eigentume mehrerer, das andere Grundstück aber in dem Eigentum eines der Miteigentümer des erstgedachten Grundstücks steht. Im übrigen gilt hier dasselbe wie in Erl. 1.

3. Auf das mehreren zur gesamten Hand zustehende Eigentum bezieht sich, wie sich aus § 1008 ergibt, die Vorschrift des § 1009 nicht. Sachlich gilt aber für ein solches Eigentum, wie aus dem Wesen der gesamten Hand zu folgern ist, dasselbe (RG. Bd. 26 S. A 130).

§. 1010. Haben die Miteigenthümer eines Grundstücks die Verwaltung und Benutzung geregelt oder das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die getroffene Bestimmung gegen den Sondernachfolger eines Miteigenthümers nur, wenn sie als Belastung des Antheils im Grundbuch eingetragen ist.

Die in den §§. 755, 756 bestimmten Ansprüche können gegen den Sondernachfolger eines Miteigenthümers nur geltend gemacht werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind.

---

§ 1010.

E I. § 949; II § 922 rev. § 995; III § 994. P. I S. 4301 ff., 11968 f.; M. III S. 439 ff. P. II Bd. 3 S. 276 ff.; Bd. 6 S. 240.

1. Erfordernis der Eintragung bei Vereinbarungen der in den §§ 746, 751 gedachten Art. Der § 746 bestimmt, daß eine zwischen den Miteigentümern erfolgte Regelung der Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache auch für und gegen den Sondernachfolger wirkt. Eine entsprechende Vorschrift enthält der § 751 für die Vereinbarung, durch welche die Teilung ausgeschlossen oder beschränkt wird. Hierbei verbleibt es für das Miteigentum an beweglichen Sachen. Bei gemeinschaftlichen Grundstücken aber sollen die gedachten Bestimmungen gegen die Sondernachfolger nur wirken, wenn sie im Grundbuch als Belastung des Anteils eingetragen sind.

a) Die Regelung der Verwaltung und Benutzung kann auf Vereinbarung unter den Teilhabern, auf Mehrheitsbeschluß oder auf Urteil, der Ausschluß oder die Beschränkung der Aufhebung der Gemeinschaft nur auf Vereinbarung beruhen (§§ 745, 749). Auf das Teilungsverbot des Erblassers finden aber nach § 2044 Abs. 1 die Vorschriften des § 1010 Abs. 1 Anwendung.

b) Durch die Eintragung wird der Inhalt und die Wirkung der getroffenen Bestimmung nicht geändert; es bleibt also insbesondere bei der Zulässigkeit der Teilung, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 749 Abs. 2), bei der Nichtigkeit einer widersprechenden Vereinbarung (§ 749 Abs. 3), bei der Regel des § 750, nach welcher eine auf Zeit erfolgte Beschränkung der Teilung im Zweifel mit dem Tode eines Miteigentümers wegfällt, bei dem Rechte eines Gläubigers, welcher die Pfändung eines Anteils (bei Grundstücken tritt an die Stelle der Pfändung die Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung, ZVG. § 20) erwirkt hat, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen (§ 751 Satz 2) und bei der Unwirksamkeit der Vereinbarung im Konkurse (KO. § 16 Abs. 2, vgl. auch ZVG. §§ 180 ff.).

c) In betreff der rechtlichen Natur des hier fraglichen Rechtes wird in den Motiven (M. III S. 441, 442) ausgeführt, daß es sich weder um eine actio in rem scripta noch um ein Veräußerungsverbot handele, daß vielmehr eine besondere Art der Belastung der Anteile anzunehmen sei. Die zweite Kommission wollte die Konstruktionsfrage nicht entscheiden. Durch die Fassung aber, welche der Abs. 1 erhalten hat, „wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist" dürfte die Frage als im Sinne der Motive entschieden zu betrachten sein. Es handelt sich also um eine besondere neben den sonstigen im BGB. geregelten dinglichen Rechten zugelassene Belastung, deren Inhalt dahin geht, daß zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines jeden Anteils das den übrigen Miteigentümern zustehende an sich aus dem Eigentume folgende Recht, die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks zu bestimmen und die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nach Maßgabe der getroffenen Bestimmung beschränkt wird (a. A. Kretzschmar, im Recht 1902 S. 225, der eine Verfügungsbeschränkung annimmt). Das Rechtsverhältnis ist also ein ähnliches wie bei der Grundgerechtigkeit. Die Belastung erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 873 ff., die Aufhebung der Belastung nach den §§ 875, 876 (vgl. Achilles-Strecker, Grundbuchordnung S. 18 ff.). Ist die Eintragung nicht erfolgt, so wirkt die Vereinbarung gegen die Sondernachfolger auch dann nicht, wenn diese sie gekannt haben. Zugunsten eines Sondernachfolgers wirkt die Vereinbarung auch ohne Eintragung der Belastung.

d) Wollen die Miteigentümer einem oder mehreren von ihnen, welche zugleich Eigentümer benachbarter Grundstücke sind, die Benutzung einer auf dem gemeinschaftlichen Grundstücke befindlichen Anlage, z. B. eines Brunnens oder das Betreten des gemein-

schaftlichen Grundstücks dauernd und unbedingt sichern, so ist für diesen Zweck eine Vereinbarung, durch welche die Teilung des gemeinschaftlichen Grundstücks ausgeschlossen ist, ungeeignet, weil diese immer den unter b angeführten Beschränkungen unterliegt. Der fragliche Zweck kann nur durch Bestellung einer Grundgerechtigkeit nach Maßgabe des § 1009 Abs. 2 erreicht werden.

2. Erfordernis der Eintragung der in den §§ 755, 756 bezeichneten Ansprüche. Nach § 755 kann, wenn die Miteigentümer als Gesamtschuldner für eine Verbindlichkeit haften, die sie in Gemäßheit des § 748 nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu erfüllen haben oder die sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind, jeder Miteigentümer bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Grundstücke berichtigt wird. Soweit zur Berichtigung der Schuld der Verkauf des gemeinschaftlichen Grundstücks erforderlich ist, hat der Verkauf nach § 753 zu erfolgen.

Nach § 756 kann ein Miteigentümer, welcher gegen einen anderen Miteigentümer eine Forderung hat, die sich auf die Gemeinschaft gründet, bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Teile des gemeinschaftlichen Grundstücks verlangen. Auch hier muß, soweit zur Berichtigung der Schuld der Verkauf des gemeinschaftlichen Grundstücks erforderlich ist, der Verkauf nach § 753 erfolgen (vgl. Bd. II Erl. zu §§ 755, 756).

Nach § 1010 Abs. 2 sollen die in den §§ 755, 756 bezeichneten Forderungen gegen den Sondernachfolger des Miteigentümers eines Grundstücks nur geltend gemacht werden können, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Bei dem Miteigentum an einer beweglichen Sache verbleibt es bei der Regel des § 755 Abs. 2 und des § 756 Satz 2, nach welchen die fraglichen Forderungen unbedingt gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden können.

Zweifelhaft ist, in welcher Art bei dem Miteigentum an Grundstücken die Eintragung zu erfolgen hat. Nach dem in der zweiten Kommission gestellten und angenommenen Antrag, auf welchem die Vorschrift des Abs. 2 beruht, sollte die Eintragung im Wege der Vormerkung erfolgen (P. II Bd. 3 S. 276f., 279). In der Fassung, welche der Abs. 2 schließlich erhalten, ist dies weggelassen und die Wissenschaft hat daher in dieser Beziehung freie Hand. Die Ansichten über die Frage gehen auseinander. Bei der Vormerkung bleiben stehen Turnau-Förster I Erl. zu § 1010; Fuchs I Erl. 4 b zu § 1010 nimmt eine Geldbelastung (Hypothek oder Grundschuld) an; ähnlich jetzt Biermann, Erl. 2b zu § 1010. Vgl. auch Rspr. Bd. 1 S. 251. Achilles-Strecker GBO. S. 18ff. nimmt eine eigentümliche Art der Belastung an. Die für die letztgedachte Auffassung sprechenden Gründe dürften überwiegend sein. Dagegen läßt sich freilich geltend machen, daß im Abs. 2 nicht wie im Abs. 1 die Eintragung als Belastung vorgeschrieben ist. Indessen folgt hieraus doch nur, daß die Frage offen gelassen, nicht aber daß die Eintragung einer besonderen Belastung ausgeschlossen ist. Eine Vormerkung ist nach § 883 nur zulässig zur Sicherung einer Forderung auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke. Die hier fraglichen Forderungen gehen aber nicht auf Einräumung eines solchen Rechtes. Um eine Vormerkung zu ermöglichen, müßte daher zunächst eine Forderung auf Einräumung eines Rechtes an dem fraglichen Grundstücke behufs Sicherung der fraglichen Forderung begründet werden oder doch möglicherweise zur Entstehung gelangen können. Von den im BGB. geregelten Rechten könnte in Frage nur kommen eine Hypothek für die fraglichen Forderungen. Eine Hypothek kann aber nur für eine Geldforderung begründet werden. Diesen Charakter hat die im § 755 gedachte Forderung nicht, die Bestellung einer Hypothek wäre daher etwa nur in der Art denkbar, daß für die Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eine Kautionshypothek (§ 1190) bestellt würde. Die im § 756 bezeichneten Forderungen sind zwar Geldforderungen; aber auch hier steht der Hypothek das Bedenken entgegen, daß die Befriedigung des Gläubigers nur im Falle der Aufhebung der Gemeinschaft gefordert werden kann und daß nach § 755 Abs. 3 der Verkauf des gemeinschaftlichen Grundstücks, soweit er zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist, nach § 748 zu erfolgen hat. Die Möglichkeit einer Hypothek und eines Anspruchs auf Einräumung desselben zur Sicherung der fraglichen Forderungen läßt sich daher entweder überhaupt nicht oder nur auf einem Umweg und in höchst künstlicher Weise erreichen. Dem Zwecke der Vorschrift des Abs. 2 dürfte es daher mehr entsprechen, hier wie im Falle des Abs. 1 eine eigentümliche Art der Belastung anzunehmen, deren Inhalt dahin geht, daß zugunsten des berechtigten Miteigentümers die Miteigentümer der anderen Anteile als solche die in den §§ 755, 756 bezeichneten Verpflichtungen haben. Derartige durch ein dingliches Recht begründete Verpflichtungen kommen ja auch bei anderen dinglichen Rechten z. B. bei Reallasten vor. Haben

§. 1011. Jeder Miteigenthümer kann die Ansprüche aus dem Eigenthume Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des §. 432.

---

die Miteigentümer die Eintragung einer Belastung der fraglichen Art vereinbart, so liegt hierin die Eingehung der Verbindlichkeit zur Einräumung dieser Belastung, und die auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit gerichtete Forderung kann dann allerdings durch Vormerkung gesichert werden.

3. Über **Stockwerkseigentum** s. Erl. 1 zu EG. Art. 182. Über den Vorbehalt zugunsten der Landesgesetze in betreff solcher Vereinbarungen, durch welche jedem Miteigentümer eines mit einem Gebäude besetzten Grundstücks die ausschließliche Benutzung eines Teiles überlassen ist, s. EG. Art. 31.

§ 1011.

E. I § 951; II § 923 rev. § 996; III § 995. P. I S. 4294 ff., 4320 ff., 11968 f.; M. III S. 443 ff. P. II Bd. 3 S. 281.

1. Der E. I ging davon aus, daß **die Ansprüche des Miteigentümers gegen Dritte** sich bestimmen einerseits durch den Grundsatz, daß der Miteigentümer Eigentümer sei, andererseits durch die Vorschriften über die mehreren Personen gemeinschaftlich zustehenden Forderungen, die auch auf dingliche Ansprüche Anwendung finden. Der E. I § 951 sollte nur einzelne Konsequenzen dieser Grundsätze, die möglicherweise verkannt werden könnten, hervorheben (M. III S. 443 f.). Aus den gedachten Grundsätzen ergibt sich in betreff der Ansprüche aus dem Miteigentume gegen Dritte folgendes:

a) Wie der Alleineigentümer gegen den Besitzer einen Anspruch auf Einräumung des Besitzes hat, so hat der Miteigentümer gegen ihn einen Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes. Dies wurde im E. I § 959 Abs. 1 hervorgehoben.

b) Durch den Besitz eines Dritten wird das gemeinschaftliche Eigentum der Miteigentümer verletzt. Hierdurch entsteht der den Miteigentümern gemeinschaftlich zustehende Anspruch auf Herausgabe der Sache. Auf diesen dinglichen Anspruch finden die Vorschriften über Forderungen Anwendung (Bd. II S. 4). Die Herausgabe der Sache ist eine unteilbare Leistung (s. Erl. 2 zu § 420). Auf den Herausgabeanspruch der Miteigentümer findet daher die Vorschrift des E. I § 339 (jetzt § 432), nach welcher jeder Gläubiger die Leistung an alle zu fordern berechtigt ist, Anwendung. Dies wurde im E. I § 951 Abs. 2 hervorgehoben.

c) Der dem Eigentümer zustehende negatorische Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung und Unterlassung für die Zukunft (BGB. § 1004) steht jedem Miteigentümer zu, weil durch die Erfüllung dieses Anspruchs immer die Leistung an alle Miteigentümer erfolgt (s. Erl. 1 zu § 432). Das gleiche gilt von dem Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs und ebenso auch wohl von dem nach E. I § 867 (jetzt § 1005), dem Eigentümer zustehenden Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung seiner auf das Grundstück eines anderen gelangten Sache.

d) Soweit die aus der Verletzung des Eigentums entstehenden Ansprüche teilbar sind, sind sie unter den mehreren Miteigentümern nach BGB. § 420 ipso jure geteilt. Jeder kann daher den Anspruch nur auf den seinem Anteil entsprechenden Teil geltend machen. Dies gilt insbesondere von dem Eigentumsanspruche, soweit er auf Erstattung des Wertes von Nutzungen oder auf Ersatz des Schadens geht, welcher dadurch entstanden ist, daß die Sache infolge eines Verschuldens des Besitzers verschlechtert oder untergegangen ist oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann (§§ 987, 989, 990).

2. **Es fragt sich, ob diese Grundsätze durch den § 1011 haben modifiziert werden sollen** oder ob auch bei ihm die Absicht nur dahin gegangen ist, einzelne Konsequenzen besonders hervorzuheben. Es fragt sich insbesondere, ob durch die jetzige Fassung das Recht des Miteigentümers, die Ansprüche aus dem Eigentum in Ansehung der ganzen Sache geltend zu machen, hat erweitert, und ihm auch in den in Erl. 1 d angeführten Fällen das Recht hat eingeräumt werden sollen, den Wert der ganzen Nutzungen und den Ersatz des ganzen Schadens einzuklagen und ob andererseits der in Erl. 1 a erwähnte Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes hat ausgeschlossen werden sollen. Beabsichtigt ist dies nicht. In der zweiten Kommission war der Antrag gestellt:

„Jeder Miteigentümer kann die dem Eigentümer zustehenden Ansprüche auf Herausgabe der Sache sowie auf Unterlassung und Beseitigung einer Beeinträchtigung des Eigentums Dritten

gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen (den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des § 374 des E. II)."

Dem in dem Antrag allegierten § 374 des E. II entspricht der jetzige § 432. Die eingeklammerten Worte am Ende wollte der Antragsteller prinzipaliter weglassen und dadurch dem Miteigentümer den Anspruch auf Herausgabe der ganzen Sache an sich gewähren. Die Mehrheit war aber hiermit nicht einverstanden, wollte es vielmehr bei der Anwendung des § 374 des E. II (jetzt § 432) belassen. Sie war aber damit einverstanden, daß es einer erläuternden Vorschrift über das Recht eines Miteigentümers von einem anderen Miteigentümer, der ihm den Mitbesitz vorenthalte, die Einräumung desselben zu verlangen, wie solche der E. I § 951 enthalte, nicht bedürfe, und nahm deshalb den obigen Antrag einschließlich der eingeklammerten Worte an. Man ging (wie es in P. II Bd. 3 S. 281 heißt), davon aus, daß es hiernach, abgesehen von dem oben erwähnten Unterschiede, sachlich bei dem Entwurfe verbleibe. Von der Redaktionskommission ist dem angenommenen Antrage die jetzige Fassung gegeben worden. Schließt nun freilich diese Fassung den Zweifel nicht aus, ob nicht eine Erweiterung der Rechte des Miteigentümers hat bestimmt werden sollen, so nötigt sie doch, wenn man die Worte „in Ansehung der ganzen Sache" betont, zu einer solchen Auslegung nicht und man wird daher auch in der Vorschrift des § 1011 nur die Hervorhebung einer einzelnen Konsequenz der allgemeinen Grundsätze zu erblicken und davon auszugehen haben, daß es bei den in Erl. 1 hervorgehobenen Grundsätzen verbleibt (a. A. Biermann, Erl. 2 zu § 1011; Staudinger, Erl. 1a zu § 1011, die annehmen, daß in dem § 1011 das Prinzip ausgesprochen sei, daß der Miteigentümer gewissermaßen in Vertretung der anderen Miteigentümer alle aus dem Eigentum an der ganzen Sache entspringenden Rechte geltend zu machen, insbesondere also auch die Herausgabe der Nutzungen und Schadensersatz für alle Miteigentümer zu fordern befugt sei).

3. Die **Beweislast** anlangend, so hat der Miteigentümer, welcher die Herausgabe der ganzen Sache fordert, nicht bloß sein Miteigentum, sondern auch das Eigentum der anderen Miteigentümer zu beweisen, denn nur hierdurch wird die Verpflichtung des Beklagten, die ganze Sache herauszugeben, begründet (a. A. Dernburg 3 § 372 II 3).

4. Soweit **der eine Miteigentümer dem anderen den Mitbesitz vorenthält,** hat dieser gegen ihn, wie im E. I § 951 ausdrücklich hervorgehoben war, den Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes. Wird nur die Größe der Quote bestritten, so kann, wenn die Voraussetzungen der Feststellungsklage vorliegen, die Feststellung auf diesem Wege erreicht werden. Möglicherweise können auch die aus dem Gemeinschaftsverhältnisse sich ergebenden obligatorischen Ansprüche (§§ 744, 745, 748) zu einer Entscheidung über die Größe der Quote führen.

Auch die actio negatoria (§ 1004) steht dem Miteigentümer gegen einen anderen Miteigentümer zu, wenn dieser sein Miteigentum in anderer Weise als durch Entziehung des Besitzes beeinträchtigt (Bayer. ObLG. Bd. 9 S. 161, Bd. 12 S. 219).

Über die den Mitbesitzern einer Sache auf Grund ihres Besitzes zustehenden Rechte s. Erl. 2 zu § 866.

Vierter Abschnitt.
Erbbaurecht.

Vierter Abschnitt.

Kohn, Das Erbbaurecht nach dem BGB. (1905); Kretzschmar II S. 224ff. (auch in CBl. für FG. 3 S. 433ff.); Oertmann, Erbbaurecht und hypothekarische Belastung, im Arch. f. Bürg. R. Bd. 20 S. 184ff.; derselbe, Zur Würdigung des Erbbaurechts, in Hirths Annalen 1904 S. 561ff.; André, Die rechtliche Seite des Erbbaurechts, Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen Nr. 22 S. 109ff. (vgl. die Mitteilungen ebd. S. 200, 208); Grünberg, Bauten auf fremdem Grund 1903; Dennler in Bayer. NotZ. 1904 S. 4ff.; Wilutzky in Gruch. 49 S. 532ff.

1. **Begriff des Erbbaurechts.** Das Erbbaurecht ist nach dem BGB. das vererbliche und veräußerliche Recht, auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben (§ 1012). Das BGB. hat hiernach das Erbbaurecht als ein Nutzungsrecht konstruiert. Die Konstruktion als Sondereigentum an der baulichen Anlage oder als Miteigentum oder als geteiltes Eigentum ist abgelehnt (M. III S. 466). Von der Konstruktion als geteiltes Eigentum konnte nach dem grundsätzlichen Standpunkte des BGB. (s. Vorbm. 3 vor § 903, S. 163) ohnehin keine Rede sein. Der Erbbauberechtigte ist aber auch nicht Miteigentümer des Grundstücks, auf oder unter dessen Oberfläche sich das Bauwerk befindet, sondern sein Recht ist eine dingliche Belastung eines fremden Grundstücks. Die Konstruktion als Sondereigentum an der baulichen Anlage endlich ist für den Fall, daß das Erbbaurecht an einem schon bestehenden Bauwerk eingeräumt ist, nach den §§ 93, 94 unmöglich (s. Erl. 3b zu § 1012); errichtet aber der Erbbauberechtigte selbst erst das Bauwerk, so ist er allerdings dessen Eigentümer, allein Gegenstand des Erbbaurechts ist nicht das Bauwerk, sondern sein Recht besteht darin, auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben; das Grundstück aber, auf oder unter dessen Oberfläche das Bauwerk sich befindet, steht nicht im Eigentume des Erbbauberechtigten.

2. **Inhalt des Erbbaurechts.** Das Erbbaurecht ersetzt die gemeinrechtliche Superfizies, das in der preuß. Rechtssprache als Platzrecht bezeichnete Recht (ALR. I 22 § 243), das Bau- und Kellerrecht des sächs. GB. § 661 und ähnliche Rechte. Das BGB. beschränkt das Recht auf das Haben eines Bauwerkes auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks. Ein superfiziarisches Recht für Pflanzungen ist unzulässig; das Erbbaurecht kann indessen auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teiles des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des Bauwerkes Vorteil bietet (§ 1013).

3. **Unterschied von den Dienstbarkeiten.** Das Recht, ein fremdes Grundstück als Baugrund zu benutzen, kann auch den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden (M. III S. 468, 475). Allein die Benutzung eines fremden Grundstücks als Baugrund kann Inhalt einer Grunddienstbarkeit nur sein, wenn diese Benutzung für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet (§ 1019); sonst ist nur eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zulässig (§ 1090). Eine Dienstbarkeit des Inhalts, daß ein fremdes Grundstück als Baugrund benutzt werden darf, ist hiernach als Grunddienstbarkeit infolge der Verbindung mit der Person des Berechtigten (§§ 1092, 1061, 1090 Abs. 2) in ihrer Dauer beschränkt. Das Erbbaurecht dagegen ist kraft Gesetzes vererblich und veräußerlich. Die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit gehört zum Wesen des Rechtes und in der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit liegt das Unterscheidungsmerkmal von der Dienstbarkeit.

4. **Grundstücksnatur des Erbbaurechts.** Das Erbbaurecht steht an Dauerhaftigkeit des Rechtes und an Ausdehnung der Befugnisse dem Eigentume sehr nahe. Mit Rücksicht hierauf gelten für das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften und die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung (§ 1017). Die GBO. (§§ 7, 20, § 22 Abs. 2) behandelt deshalb das Erbbaurecht ähnlich wie ein Grundstück und stellt auch die Übertragung eines Erbbaurechts der Übertragung des Eigentums gleich; hierüber s. Erl. 6 zu § 1015.

5. **Zeitliche Grenzen** bestimmt das BGB. für das Erbbaurecht nicht, weder Maximal- noch Minimalgrenzen (M. III S. 467). Das Erbbaurecht kann unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder Zeitbestimmung begründet (nicht aber übertragen) werden (s. Erl. 2b zu § 1015, Erl. 3a zu § 1017; RG. in JW. 1905 S. 412). Die Ansicht von Oberneck 3. Aufl. S. 500 § 80, der Zeitraum, für den das Erbbaurecht begründet wird, müsse, wenn das Erbbaurecht auf eine bestimmte Zeit für eine physische Person bestellt wird, ein immerhin erheblicherer, z. B. ein Zeitraum von 50—80 Jahren sein, hat, soviel ersichtlich, nirgends Nachfolge gefunden und ist auch in der Tat nicht haltbar (s. Kohn a. a. O. S. 50ff.). Mit dem Erfordernisse der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit (s. oben Nr. 3) ist die Hinzufügung von Bedingungen oder von Zeitbestimmungen nicht unvereinbar, wie ja auch andere veräußerliche und vererbliche Rechte z. B. eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Reallast unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung bestellt werden können. Höchstens kann man sagen, daß ein Erbbaurecht, welches auf Lebenszeit des Berechtigten und unter der auflösenden Bedingung, daß das Recht veräußert werde, bestellt wird, sachlich kein Erbbaurecht, sondern eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist (s. Kohn a. a. O. S. 13f., 52; Wilutzky in Gruch. 49 S. 538; a. M. Neumann I S. 666 Erl 5; Lehmann § 75 S. 223; vgl. auch Dernburg III § 162 Anm. 9). Die Bestellung auf bestimmte Zeit sowie unter einer anderen als der oben gedachten auflösenden Bedingung ist jedenfalls zulässig. Hiervon gehen auch die M. III S. 471 aus und dürfte auch nur diese Auffassung dem praktischen Bedürfnisse gerecht werden. Die Zulässigkeit der Beifügung von Bedingungen ist insbesondere deshalb geboten, weil ihre Beifügung ein geeignetes Mittel bietet, gewisse Verpflichtungen des Erbbauberechtigten dinglich zu sichern. Durch die Möglichkeit der Begründung eines zeitlich begrenzten Erbbaurechts ist die Möglichkeit eines Ersatzes für das im BGB. nicht zugelassene dingliche Mietrecht geschaffen.

6. **Als ein subjektiv dingliches** d. h. als ein mit dem Eigentum an einem anderen Grundstücke verbundenes Recht kann das Erbbaurecht nicht begründet werden. Liegt die Voraussetzung des § 1019 vor, so kann der mit der Begründung eines Erbbaurechts als eines subjektiv dinglichen Rechtes verfolgte Zweck durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit dem entsprechenden Inhalt erreicht werden. Nach den P. I S. 4311 und den M. III S. 468, 474 soll es zulässig sein, die Verbindung eines Erbbaurechts mit dem Eigentum eines anderen Grundstücks auch auf dem Umwege herzustellen, daß ein erworbenes Erbbaurecht einem dem Erbbauberechtigten gehörenden Grundstücke nach § 1017 Abs. 1 mit § 890 zugeschrieben wird. Diese Auffassung dürfte, da nach § 1017 auf das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden, nicht nur dem Wortlaute, sondern auch dem Zwecke des § 890 entsprechen und aus der Natur des Erbbaurechts dürfte sich ein Grund gegen die Anwendung nicht ableiten lassen. Danach kann nicht nur gemäß § 890 Abs. 2 ein Erbbaurecht zum Bestandteil eines Grundstücks, sondern auch umgekehrt ein Grundstück zum Bestandteile eines Erbbaurechts gemacht und auch ein Grundstück und ein Erbbaurecht gemäß § 890 Abs. 1 vereinigt werden (a. M. in letzter Hinsicht Fuchs S. 264 Erl. 5b). Die Verbindung eines Grundstücks mit einem Erbbaurecht ist aber, anders als die eines subjektiv dinglichen Rechtes mit dem herrschenden Grundstücke (§§ 1103, 1110), lösbar.

7. Die Bestellung des Erbbaurechts kann gegen Entgelt oder unentgeltlich erfolgen; eine Zinspflicht ist für das Erbbaurecht nicht wesentlich. Wird eine Zinspflicht vereinbart, so kann sie entweder durch Eintragung einer Reallast an dem Erbbaurechte (§§ 1017, 1105) oder durch Festsetzung einer auflösenden Bedingung für den Fall der Nichtentrichtung oder durch Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Erbbaurechts auf den Eigentümer für diesen Fall dinglich gesichert werden (abw. auf Grund des § 1149 Oertmann in Hirths Annalen 1904 S. 565).

8. **Erwerb und Verlust des Erbbaurechts** (vgl. Erl. 3 zu § 1017). Ein Erbbaurecht kann nur durch Bestellung, welche eine Einigung in der Form der Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfordert (§§ 1015, 873f.), oder durch Tabularersitzung (§ 900 Abs. 2) begründet werden. Die Übertragung des Erbbaurechts erfolgt im Wege der Auflassung nach §§ 1017, 925, 873; da übrigens das Erbbaurecht vererblich und veräußerlich ist, kann es natürlich auch durch Erbfolge (§§ 1922, 1942, 2100, 2139), Eingehung einer ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1438, 1519, 1549) und durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung (ZVG. § 90) erworben werden. Über die Streitfrage, ob der § 927 Anwendung findet, vgl. Erl. 3c zu § 1017.

Das Erbbaurecht endigt durch rechtsgeschäftliche Aufhebung nach §§ 875, 876, 878, im Falle der mit Unrecht erfolgten Löschung des Erbbaurechts durch Verjährung des Anspruchs aus

§. 1012. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht).

---

dem Rechte nach § 901 und durch Eintritt der auflösenden Bedingung oder Fristablauf (§§ 158 Abs. 2, 163) sowie durch den Zuschlag des Grundstücks gemäß § 91 ZVG. Über die entsprechende Anwendung des § 1026 auf das Erbbaurecht, wenn dessen Ausübung auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt ist, vgl. Kretzschmar II S. 205 ff. (a. M. Fuchs S. 263 Erl. 3). Durch Untergang des Bauwerkes endigt das Erbbaurecht nicht (§ 1016). Die Löschung des Erbbaurechts im Grundbuche muß auf dem Blatte des belasteten Grundstücks erfolgen; die Schließung des für das Erbbaurecht angelegten Blattes ist weder erforderlich noch ausreichend (a. M. Fuchs S. 270 f., Staudinger III S. 284 Erl. 2b; dagegen Kohn a. a. O. S. 104 ff.).

9. **Übergangsvorschriften** im EG. Art. 181, 182, 184, 189, 196.

Gewisse dem Erbbaurecht ähnliche Rechte sind dem **Landesrechte vorbehalten**; in Betracht kommen insbesondere die Erbbegräbnisse (Art. 133 EG.) und das Stockwerkseigentum (Art. 131, 182 EG.). Vgl. noch EG. Art. 63, 68, 181 Abs. 2, 196.

§ 1012.

E. I § 961 Abs. 1; II § 924 Abs. 1 rev. § 997; III § 996. P. I S. 4306, 6226, 6232; M. III S. 469. P. II Bd. 3 S. 281 f.

1. Der § 1012 bestimmt **die Zulässigkeit und den Begriff des Erbbaurechts**. Im allgemeinen wird auf die Vorbm. vor § 1012 verwiesen.

2. **Gegenstand des Erbbaurechts** ist ein Grundstück. An einem ideellen Teile eines Grundstücks kann ein Erbbaurecht nicht bestellt werden, da das Erbbaurecht ein Gebrauchsrecht ist und das Grundstück unmittelbar trifft. Der E. I § 961 Abs. 2 hatte dies ausdrücklich ausgesprochen; die Vorschrift ist jedoch von der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen (P. II Bd. 3 S. 282). An einem (real bestimmten) Teile eines Grundstücks kann ein Erbbaurecht begründet werden. Soll nur ein Teil des Grundstücks mit einem Erbbaurechte belastet werden, so ist er nach der Ordnungsvorschrift des § 6 der GBO. von dem Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Erbbaurecht seiner Ausübung nach auf einen bestimmten Grundstücksteil beschränkt ist (vgl. § 1026, RJA. 2 S. 104, CBl. für FG. 1 S. 862). In diesem Falle ergreift das Erbbaurecht das ganze Grundstück. Dies zeigt sich insbesondere im Falle der Zwangsversteigerung; wird das Grundstück frei von dem Erbbaurechte versteigert, so ergreift das Recht des Erbbauberechtigten den Erlös des ganzen Grundstücks.

3. **Den Inhalt des Erbbaurechts** bildet das vererbliche und veräußerliche Recht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben.

a) Der Ausdruck „Bauwerk" ist weiter als der Ausdruck „Gebäude". Nach dem herrschenden Sprachgebrauche, der in Ermangelung einer gesetzlichen Begriffsbestimmung maßgebend ist, ist unter einem Bauwerk eine durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen (RG. 56 S. 41). Das Ausdruck umfaßt daher auch Monumente (z. B. steinerne Grabdenkmäler, Rspr. 8 S. 122), Brücken, Viadukte, Gleisanlagen (KG. 29 S. A 130) und Telegraphenleitungen ꝛc.; dagegen sind keine Bauwerke artesische Brunnen sowie Doppelröhrentiefbrunnen (RG. a. a. O.) und Rohrleitungen, die lediglich aus zusammengesetzten, in den Boden versenkten Rohrteilen bestehen (KG. 29 S. A 132). Nicht erforderlich ist, daß das Bauwerk das Grundstück selbst berührt, es genügt, daß es wie z. B. eine Brücke oder eine Röhrenleitung den Luftraum des Grundstücks (§ 905) durchschneidet (a. M. Kretzschmar II S. 226, Staudinger III S. 282 Erl. 1b).

b) Darauf ob das Bauwerk zur Zeit der Begründung des Erbbaurechts schon besteht oder von dem Berechtigten erst errichtet wird, kommt es, was die Zulässigkeit der Begründung des Erbbaurechts und den Umfang der Benutzungsbefugnis (s. Erl. 5 zu § 1015) anbetrifft, nicht an. Dagegen ist dieser Umstand für die Frage, wer Eigentümer des Bauwerkes ist, von Bedeutung. Das Bauwerk wird in der Regel dem Berechtigten gehören (§ 95 Abs. 1, § 1012); wenn indessen das Recht auf ein vor seiner Begründung errichtetes Bauwerk sich erstreckt, so ist für die Eigentumsfrage der § 93 maßgebend. (M. III S. 468; a. M. Fuchs

---

S. 265 Erl. 8 zu § 1012, der es mit dem Begriffe des Erbbaurechts für unvereinbar hält, daß das Bauwerk im Eigentume des Grundstückseigentümers steht; vgl. dagegen Oertmann in Arch. f. Bürg. R. Bd. 20 S. 185f., Kohn a. a. O. S. 35f.; a. M. auch Lehmann § 75 S. 222, der unter dem „Haben" ein Haben zu Eigentum versteht und daraus folgert, daß ein bereits vorhandenes Bauwerk mit der Bestellung des Erbbaurechts in das Eigentum des Erbbauberechtigten übergeht, und Cosack II § 215a Ziff. III 2.) Auf Grund der bestimmten Vorschrift des § 93 und des § 94 Abs. 1 erscheint auch die Übertragung des Eigentums an dem Bauwerke, das zur Zeit der Begründung des Erbbaurechts bereits besteht und einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks bildet, von dem Grundeigentümer auf den Erbbauberechtigten rechtlich unmöglich (s. Kohn a. a. O. S. 37). Dagegen steht der Übertragung des Eigentums an einem nicht zu den Grundstücksbestandteilen gehörigen Bauwerke (§ 95) auf den Erbbauberechtigten sowie an dem von diesem errichteten Bauwerk auf den Grundeigentümer nichts entgegen (s. Erl. 4 zu § 1016, Erl. 2c zu § 1017).

Diese Eigentumsübertragung erfolgt gemäß §§ 929ff. Denn das BGB. kennt kein von dem Eigentum am Grund und Boden verschiedenes Immobiliareigentum an Gebäuden oder sonstigen Bauwerken; die nicht zu den Grundstücksbestandteilen gehörenden, insbesondere die im Eigentume des Erbbauberechtigten stehenden Bauwerke haben daher keine Immobiliareigenschaft (oben S. 4, RG. in JW. 1903 Beil. S. 90; vgl. RG. 55 S. 284, JW. 1904 S. 543, DJZ. 1903 S. 501). Den Vorschriften über die Rechte an Grundstücken unterliegen diese nur insoweit, als sie als Bestandteile des Erbbaurechts von den dieses belastenden Rechten erfaßt werden (vgl. Erl. 2c zu § 1017, Fuchs S. 273 Erl. 2, Oberneck 3. Aufl. I S. 507f., Oertmann im Arch. f. Bürg. R. 20 S. 187ff.; Windscheid-Kipp I S. 611; Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 37).

c) Über das Erfordernis der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit s. Vorbm. 5 vor § 1012. Durch dieses Erfordernis wird nicht ausgeschlossen, daß sich der Erbbauberechtigte dem Eigentümer des Grundstücks oder einem Dritten gegenüber obligatorisch verpflichtet, das Erbbaurecht nicht zu veräußern (§ 137).

4. **Ein besonderes Legalschuldverhältnis** zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten wie bei Nießbrauch und Faustpfandrecht ist von dem BGB. bei dem Erbbaurechte nicht vorgesehen worden. Die Beteiligten sind daher darauf angewiesen, ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten im Bestellungsvertrag entsprechend zu umschreiben (s. Erl. 5 zu § 1015). Dies gilt insbesondere auch von der Frage der Unterhaltung des Bauwerkes. Eine gesetzliche Verpflichtung des Erbbauberechtigten oder des Eigentümers des Grundstücks, das Bauwerk zu erhalten und zu unterhalten, besteht nicht. Der Erbbauberechtigte ist übrigens nach den §§ 836, 837 für den durch den Einsturz des Bauwerkes entstehenden Schaden verantwortlich. Die Lasten des Grundstücks berühren den Erbbauberechtigten an sich nicht, sie treffen nur den Eigentümer des Grundstücks; ebenso treffen die Lasten des Bauwerkes nur den Eigentümer des Bauwerkes. Soll ein anderes gelten, so müssen die Beteiligten hierüber vertragsmäßige Bestimmungen treffen (abw. Oberneck 3. Aufl. I S. 501).

Vertragsmäßige Festsetzungen, durch welche dem Erbbauberechtigten Leistungen auferlegt werden, können entweder durch Setzung einer entsprechenden Bedingung oder durch Eintragung einer Sicherungshypothek (nötigenfalls in Verbindung mit der Abrede einer Vertragsstrafe) oder einer Reallast an dem Erbbaurechte oder auch durch Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Erbbaurechts an den Eigentümer im Falle der Nichterfüllung dinglich gesichert werden; an sich wirken sie nur obligatorisch. Letzteres gilt auch von den vertragsmäßigen Verpflichtungen des Eigentümers; insbesondere erlangt die Abrede, daß dieser das Bauwerk zu unterhalten habe, dingliche Wirkung erst durch Bestellung einer selbständigen Reallast an dem Grundstücke (vgl. Kretzschmar II S. 227f., Biermann S. 220 Erl. 4, André a. a. O. S. 116f., Kohn a. a. O. S. 46ff., 54f.).

5. Wird ein **Schatz** in dem Bauwerke gefunden, so ist für die Frage, wem die Hälfte gehört, welche nach § 984 dem Eigentümer der den Schatz bergenden Sache zufällt, entscheidend, wer Eigentümer des Bauwerkes ist. Ein im Baugrundstücke gefundener Schatz gehört dem Finder und dem Grundstückseigentümer; das Bestehen eines Erbbaurechts kommt nicht in Betracht.

6. Der Erbbauberechtigte ist **Besitzer** des Bauwerkes und, wenn sich sein Recht nach § 1013 auf einen unbebauten Teil des Grundstücks erstreckt, regelmäßig auch Besitzer dieses Teiles des Grundstücks. Soweit er Besitzer ist, hat er die Besitzklagen. Hat er an dem unbebauten Teile des Grundstücks nicht Besitz, sondern nur ein beschränktes Benutzungsrecht, so wird er, sofern

§. 1013. Das Erbbaurecht kann auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Theiles des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des Bauwerkes Vortheil bietet.

§. 1014. Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Theil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, ist unzulässig.

---

das Benutzungsrecht als eine Ausdehnung des Erbbaurechts in das Grundbuch eingetragen ist, nach Analogie des § 1029 Besitzschutz zu beanspruchen haben (s. Kohn a. a. O. S. 44, a. M. Turnau-Förster I S. 441 Erl. 6; Oberneck 3. Aufl. I S. 510).

Neben dem Erbbauberechtigten hat auch der Grundstückseigentümer Besitz, und zwar mittelbaren Besitz (vgl. oben S. 62) an dem Grundstück und an dem Bauwerk, an dem letzteren aber nur dann, wenn es in seinem Eigentume steht (s. Erl. 3b; abw. Kohn a. a. O. S. 38 f.).

§ 1013.

E. II § 924 Abs. 2 rev. § 998; III § 997. P. II Bd. 3 S. 282 f.

1. Mit dem Erbbaurechte können Benutzungsrechte anderen Inhalts, welche dem Erbbaurecht als solchem Vorteile oder Annehmlichkeiten zu gewähren geeignet sind, als Grunddienstbarkeiten verbunden werden. Der § 1013 gestattet im Interesse der Ersparung der Kosten eines besonderen Vertrags (§ 1015) und einer besonderen Eintragung darüber hinaus **die Erstreckung des Erbbaurechts** selbst **auf unbebaute Grundstücksteile** (Höfe, Gärten, Pflanzungen ꝛc.).

2. **Voraussetzung** ist, daß die Benutzung des Grundstücksteils für die Benutzung des Bauwerkes Vorteil bietet. Der Ausdruck „Vorteil bieten" ist in demselben Sinne wie in der die Beschränkung des Inhalts einer Grunddienstbarkeit bestimmenden Vorschrift des § 1019 zu verstehen; es genügt daher auch die bloße Annehmlichkeit (vgl. Erl. 2b zu § 1019). Nach Fuchs Erl. 4 zu § 1013 soll, wenn die Beteiligten über das Vorhandensein dieser Voraussetzung einig sind, eine grundbuchrichterliche Nachprüfung unzulässig sein (vgl. auch Kretzschmar II S. 229). Da indessen beim Fehlen dieser Voraussetzung die Eintragung ihrem Inhalte nach unzulässig ist, erscheint es richtiger, die Zulässigkeit der Nachprüfung zu bejahen (s. auch M. III S. 471 a. E.).

3. **Welchen Inhalt** das Benutzungsrecht des Erbbauberechtigten an einem unbebauten Teile des Grundstücks hat, hängt von dem Bestellungsvertrag ab (vgl. Erl. 4 zu § 1012, Erl. 5 zu § 1015). Erstreckt sich das Erbbaurecht auf Pflanzungen, so bestimmt sich der Eigentumserwerb an den Früchten nach § 954; s. S. 260 Erl. 1 a β zu § 954.

4. **Die Erstreckung erfolgt durch Einigung und Eintragung** (§ 873; a. M. Turnau-Förster I S. 442); die Einigung unterliegt der Vorschrift des § 1015. Die Erstreckung kann selbstverständlich bei der Bestellung des Erbbaurechts oder erst später erfolgen.

§ 1014.

E. I § 961 Abs. 2; II § 924 Abs. 3 rev. § 999; III § 998. P. I S. 4308; M. III S. 470. P. II Bd. 3 S. 281 f.

1. Der § 1014 verbietet die Bestellung eines **Erbbaurechts an einem Teile eines Gebäudes**, z. B. an einem Stockwerk, einer Treppe. Das Verbot beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen. Dem in manchen Landesteilen üblichen Stockwerkseigentum ist durch den Vorbehalt des Art. 131 und die Übergangsbestimmung des Art. 182 des EG. Rechnung getragen (s. Erl. zu Art. 131, 182). **Unzulässig** ist aber nur die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes. Dagegen ist die Beschränkung des Erbbaurechts auf ein ganzes Gebäude, z. B. eine selbständig stehende Scheune zulässig. Das Verbot des § 1014 bezieht sich ferner nicht auf die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines anderen Bauwerkes als eines Gebäudes (a. M. Kretzschmar II S. 229, Kohn a. a. O. S. 30). Es kann also an einem Teile eines unter der Oberfläche des Grundstücks befindlichen Bauwerkes, z. B. einem Teile eines Kellers, ein Erbbaurecht begründet werden (a. M. Silberschmidt in Bl. f. RAnw. 1904 S. 410, weil ein Keller, der einen selbständigen Bau bildet, als ein Gebäude zu erachten sei). Natürlich kann sich das Erbbaurecht auch auf das Bauwerk unter der Oberfläche, z. B. den Keller, oder auf das Bauwerk auf der Oberfläche beschränken, während das auf der Oberfläche bezw. das unter ihr befindliche Bauwerk dem Rechte des Erbbauberechtigten nicht unterliegt. Durch den § 1014 wird endlich nicht ausgeschlossen, daß der Erbbauberechtigte sein Gebäude zum Teile auf eigenem, zum Teile auf fremdem Grunde hat.

§. 1015. Die zur Bestellung des Erbbaurechts nach §. 873 erforderliche Einigung des Eigenthümers und des Erwerbers muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor dem Grundbuchamt erklärt werden.

---

2. An dem real bestimmten, nicht dagegen an einem ideellen Teile eines Grundstücks kann ein Erbbaurecht begründet werden (s. Erl. 2 zu § 1012). Selbstverständlich kann ein Erbbaurecht auch nicht nach Bruchteilen begründet werden (M. III S. 470). Dagegen kann ein Erbbaurecht mehreren nach Bruchteilen oder zu gesamter Hand gemeinschaftlich gehören (vgl. Kretzschmar II S. 238).

§ 1015.

E. I § 962 Abs. 1; II § 925 rev. § 1000; III § 999. P. I S. 4324, 6136; M. III S. 163, 471. P. II Bd. 3 S. 283 f.; Bd. 5 S. 444. RB. S. 1999 f.

1. **Über die Gründe der Entstehung** des Erbbaurechts s. Vorbm. 8 vor § 1012.

2. **Auf die Bestellung und die Übertragung eines Erbbaurechts** finden im allgemeinen die Vorschriften der §§ 873, 878 Anwendung. Es ist also die Einigung des Bestellers oder Veräußerers und des Erwerbers über die Bestellung oder die Übertragung des Erbbaurechts und die Eintragung im Grundbuch erforderlich.

a) Form der Einigung. Für die Übertragung eines Erbbaurechts ergibt sich aus § 1017 mit § 925, daß die Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß, der § 1015 schreibt die gleiche Form für die zur Bestellung des Erbbaurechts erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers vor. Maßgebend hierfür war die Erwägung, daß man für die Begründung eines Erbbaurechts nicht geringere Erfordernisse aufstellen könne wie für die Übertragung und daß die Belastung des Eigentums mit einem Erbbaurechte der Veräußerung des Eigentums sehr nahe kommt. Nach EG. Art. 143 Abs. 1 kann landesgesetzlich zugelassen werden, daß die Einigung außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann. Als Auflassung wird die Einigung bei der Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts weder im BGB. noch in der GBO. bezeichnet, es scheint sich aber diese Bezeichnung auch bei dem Erbbaurecht einzubürgern. Infolge der Vorschriften der §§ 1015, 1017 sind für die Bestellung und für die Übertragung des Erbbaurechts die Vorschriften des § 873 Abs. 2 über den Zeitpunkt, in welchem die Einigung für die Parteien bindend wird, gegenstandslos.

Im übrigen vgl. oben S. 202 ff. die Erl. zu § 925.

b) Weitere Besonderheiten sind für die Einigung nicht vorgeschrieben, so daß auf die Erl. zu § 873 verwiesen werden kann. Insbesondere ist eine dem § 925 Abs. 2 entsprechende Bestimmung für die Bestellung des Erbbaurechts nicht getroffen; diese kann daher, anders als die Übertragung des Erbbaurechts (s. Erl. 3a zu § 1017), unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen. Vgl. hierzu Vorbm. 5 vor § 1012 und Kohn a. a. O. S. 61 ff., 75. Mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung, unter welcher, oder des Zeitpunkts, bis zu welchem das Erbbaurecht bestellt worden ist, endigt das Erbbaurecht von selbst (§ 158 Abs. 2, § 163); es entsteht nicht bloß die Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes; der Eigentümer hat den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§§ 894 ff.) und kann einen Widerspruch (§ 899) eintragen lassen.

3. **Auf die Änderung des Inhalts** eines bestellten Erbbaurechts finden nach § 877 die Vorschriften der §§ 873, 874, 876 Anwendung; die zu der Änderung des Inhalts eines bestehenden Erbbaurechts hiernach erforderliche Einigung unterliegt also gleichfalls den Formvorschriften des § 1015 (a. M. Turnau-Förster I S. 443 Erl. 3, Oberneck 3. Aufl. I S. 509 f.).

4. **Form des obligatorischen Vertrags.** Wegen der Frage, ob auf einen Vertrag, durch welchen sich der Eigentümer verpflichtet, ein Erbbaurecht zu bestellen, der § 313 Anwendung findet, s. Erl. 2d zu § 1017.

5. **Vereinbarung über den Inhalt des Erbbaurechts.** Das BGB. sieht mit Ausnahme der Vorschrift des § 1016 von der Aufstellung dispositiver Vorschriften ab, welche die Vertragserklärungen der Parteien in Ansehung des Inhalts des zu begründenden Erbbaurechts in einzelnen Richtungen ergänzen. Der Begründungsvertrag muß daher den Inhalt der eingeräumten Benutzungsbefugnisse positiv vorschreiben und die Beteiligten können sich nicht wie beim Nießbrauch oder der Miete nur auf etwaige Änderungen des gesetzlichen Inhalts beschränken. Welche Anforderungen an die Spezialisierung zu stellen sind, ob insbesondere die einfache Erklärung

§. 1016. Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht.

---

genügt, daß ein Erbbaurecht bestellt wird, hängt von den Umständen des Falles ab. Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob das eingeräumte Benutzungsrecht unter den gesetzlichen Begriff des Erbbaurechts fällt und ob die vorliegenden Erklärungen der erforderlichen Bestimmtheit nicht entbehren (M. III S. 471, 473).

Von dem Inhalte des Begründungsvertrags hängt es insbesondere auch ab, ob der Berechtigte befugt ist, das Gebäude beliebig zu ändern, es niederreißen und neu aufrichten zu lassen oder ob er nur zu Umbauten ohne Änderung des wesentlichen Charakters und der Eigenart des Gebäudes befugt ist. Die Ansicht Oertmanns (in Hirths Annalen 1904 S. 564), daß er, wenn das Gebäude dem Grundeigentümer gehört, nur letztere Befugnis habe, erscheint bedenklich, da es an einer dem § 1036 Abs. 2 entsprechenden Vorschrift für das Erbbaurecht fehlt.

6. Zur Begründung des Erbbaurechts bedarf es nach § 873 des BGB. und § 3 der GBO. der **Eintragung des Erbbaurechts** auf dem Blatte des mit diesem Rechte belasteten Grundstücks. Ist auf diesem Blatte das Erbbaurecht eingetragen, so ist auf Antrag für das Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen; die Anlegung erfolgt von Amtswegen, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll (s. KG. 29 S. A 130); die Anlegung wird auf dem Blatte des Grundstücks vermerkt (§ 7 der GBO.). Hiervon gilt auch für den Fall, daß das Erbbaurecht bedingt oder betagt ist, keine Ausnahme. Das besondere Blatt des Erbbaurechts dient nur zur Übertragung und Belastung des Erbbaurechts, nicht zur Inhaltsänderung und Aufhebung (s. S. 349 Vorbm. 8 vor § 1012). Bei Nichtübereinstimmung des für das Grundstück und des für das Erbbaurecht bestehenden Grundbuchblattes ist für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in Ansehung des Bestandes und des Inhalts des Erbbaurechts das Blatt des Grundstücks maßgebend.

Im übrigen vgl. wegen des Erfordernisses, daß dem Grundbuchamte die Beobachtung der in den §§ 1015, 1017, 925 bestimmten Form nachgewiesen werden muß, den § 20 der GBO., wegen der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Erbbauberechtigten den § 22 Abs. 2 das. und wegen des Inhalts der Eintragung § 874 (oben S. 91 f.).

7. Auf die Übertragung des Erbbaurechts findet nach § 1017 Abs. 2 hinsichtlich des **Zubehörs des Erbbaurechts** der § 926 entsprechende Anwendung. Es dürfte unbedenklich sein, ihn auch bei der Begründung des Erbbaurechts entsprechend anzuwenden. Zubehör des Erbbaurechts bilden vor allem diejenigen Sachen, welche dem wirtschaftlichen Zwecke des Bauwerkes zu dienen bestimmt und in ein entsprechendes räumliches Verhältnis zu diesem gebracht sind, daneben auch die Sachen, welche dem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstücks dienen, auf das das Erbbaurecht nach § 1013 erstreckt ist (abw. Fuchs S. 275).

§ 1016.

E. I § 963; II § 927 rev. § 1001; III § 1000. P. I S. 4335, M. III S. 473. P. II Bd. 3 S. 284.

1. **Bedeutung der Vorschrift.** Der § 1016 ist eine Folgerung aus dem Rechte, das Bauwerk auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks zu haben. Aus § 1016 folgt einerseits, daß, wenn das untergegangene Bauwerk, sei es von dem Eigentümer oder von dem Erbbauberechtigten, wieder hergestellt wird, es von selbst dem Erbbaurecht unterworfen wird, andererseits, daß wenn das untergegangene Bauwerk im Eigentume des Grundstückseigentümers stand, der Erbbauberechtigte befugt ist, das Bauwerk auf seine Kosten wieder zu errichten. Daß er hierzu dann berechtigt ist, wenn das Bauwerk in seinem Eigentume stand, bedarf keiner Ausführung. Ob der Erbbauberechtigte verpflichtet ist, das Bauwerk wieder herzustellen, ist ebenso Frage der Auslegung des Bestellungsvertrags wie die Frage, ob, wenn das Bauwerk dem Grundstückseigentümer gehört, dieser zur Wiederherstellung verbunden ist. Für die Regelfälle wird eine solche Verpflichtung nicht anzunehmen sein. Hinsichtlich der dinglichen Sicherung einer derartigen Verpflichtung gilt das oben S. 350 Erl. 4 Gesagte.

2. Die infolge des Zerfalls des Bauwerkes mobilisierten **Baumaterialien** gehören, wenn das Bauwerk dem Eigentümer des Grundstücks gehört, diesem (§ 955), sie werden jedoch durch den Untergang des Bauwerkes dem fortbestehenden dinglichen Rechte des Erbbauberechtigten nicht entzogen (M. III S. 473). Der Erbbauberechtigte kann sie daher zum Wiederaufbau auch dann verwenden, wenn er selbst den Wiederaufbau ausführt. Stand das Bauwerk im Eigentume des Erbbauberechtigten, so gehören die Baumaterialien natürlich ihm (§ 953 mit § 95 Abs. 1 Satz 2).

3. Der § 1016 ist nur eine **dispositive Vorschrift.** Die Parteien können ein anderes verabreden und den Untergang des Bauwerkes als auflösende Bedingung oder als Endtermin be-

§. 1017. Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften.

Die für den Erwerb des Eigenthums und die Ansprüche aus dem Eigenthume geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung.

---

stimmen. Dann hört das Erbbaurecht mit dem Untergange des Bauwerkes von selbst auf (§ 158 Abs. 2, § 163).

4. Über die **Endigung des Erbbaurechts** vgl. im übrigen S. 348 f. Vorbm. 8. Auch nach dem Erlöschen des Rechtes bleibt der Erbbauberechtigte Eigentümer des von ihm errichteten Bauwerkes (Oertmann in Hirths Annalen 1904 S. 568; a. M. Silberschmidt in Bl. f. RAnw. 1904 S. 412) und ist zu dessen Wegnahme berechtigt und auf Verlangen des Eigentümers verpflichtet. Der Eigentümer ist nicht befugt, die Wegnahme durch Ersatz des Wertes des Bauwerkes gemäß § 997 Abs. 2 abzuwenden, da das Bauwerk keinen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks bildet (oben S. 320 Erl. 2 zu § 997; Kretzschmar II S. 239; Kohn a. a. O. S. 110; Oertmann im Arch. f. Bürg. R. 20 S. 187 f.; a. M. Wittmaack im Arch. f. civ. Pr. 93 S. 340). Eine Vereinbarung in dem Begründungsvertrage, daß der Grundeigentümer bei Beendigung des Erbbaurechts das Eigentum an dem von dem Erbbauberechtigten errichteten Bauwerke, sei es unentgeltlich oder gegen Entgelt, erwerben soll, hat nur obligatorische Wirkung; das Eigentum geht erst durch Einigung und Übergabe gemäß §§ 923 ff. über (a. M. Kretzschmar a. a. O., der die Erlangung des Besitzes an dem Grundstück und damit an dem Bauwerke seitens des Eigentümers für genügend erklärt, und Oertmann in Hirths Annalen 1904 S. 567). Eine dingliche Sicherung des Eigentümers läßt sich wohl nur durch sofortige (wenn auch nur bedingte) Einigung und Übergabe gleich nach Errichtung des Bauwerkes erreichen, während der Anspruch des Erbbauberechtigten auf Zahlung des Entgelts durch eine Hypothek am Grundstücke gesichert werden kann.

§ 1017.

E. I § 781 Abs. 2, § 962 Abs. 2 Satz 1, § 964; II § 928 rev. 1002; III § 1001. P. I S. 3301, 4326, 11920, 11994; M. III S. 36, 471, 474. P. II Bd. 3 S. 3, 284.

1. Der § 1017 bringt **die Grundstücksnatur des Erbbaurechts** zum Ausdrucke. Er unterwirft den Normen über die Grundstücke das Erbbaurecht als solches und nicht etwa, wie Boehm S. 115 meint, den Gegenstand des Erbbaurechts oder, wie Oertmann im Arch. f. Bürg. R. Bd. 20 S. 190 f. sagt, die dem Erbbaurecht unterworfene Sache selbst in den durch den Charakter des Erbbaurechts gewiesenen Grenzen und Beziehungen (wie Oertmann auch Staudinger III S. 285).

2. **Die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften** gelten für das Erbbaurecht nicht nur, insofern sie im Sachenrechte des BGB. enthalten sind, sondern es finden überhaupt alle sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung. Zur Anwendbarkeit genügt ferner, daß die Vorschrift sich auf Grundstücke bezieht, sie muß nicht besonders für Grundstücke aufgestellt sein; ausgeschlossen sind nur diejenigen Vorschriften, welche, sei es ausdrücklich oder inhaltlich, lediglich für bewegliche Sachen getroffen sind. Das Anwendungsgebiet umfaßt endlich nicht nur die im BGB. und im EG. enthaltenen Vorschriften, sondern auch die sonstigen Reichs- und Landesgesetze, soweit nicht ein Gesetz eine Ausnahme macht (Kohn a. a. O. S. 17 f.; a. M. Fuchs S. 274 Note 3, und Staudinger III S. 285, welche das Anwendungsgebiet auf die Vorschriften des BGB. und des EG. beschränken). Übrigens kommt dieser Streitfrage keine erhebliche Bedeutung bei, weil die CPO. §§ 864, 870 Abs. 1, 932 die Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, in Ansehung der Zwangsvollstreckung und damit auch der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, und in Ansehung des Arrestes den Grundstücken gleichstellt und dieser Grundsatz wohl auch für alle sonstigen Rechtsmaterien — auch soweit sie landesgesetzlich geregelt sind — gilt, das Erbbaurecht aber nach § 1017 des BGB. eine solche Berechtigung ist.

Die sich auf die Grundstücke beziehenden Vorschriften finden nur insoweit Anwendung, als nicht die Gleichstellung der Grundstücke und des Erbbaurechts mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des Gegenstandes begriffsmäßig ausgeschlossen ist. Unanwendbar sind hiernach z. B. die §§ 98 Nr. 2, 905 (a. M. hinsichtlich des § 905 Turnau-Förster I S. 445 Erl. 2). Anwendbar sind dagegen die §§ 94 Abs. 2, 96, 97, 98 Nr. 1, 99—103, 232, 313, 416, 436, 439, 444, 446, 449, 468, 477, 503, 510, 537, 551, 556, 559—561, 565, 571—580, 581 ff., 598 ff., 648, 753,

809, 836f., 859, 867, 873—899, 925f., 946, 1009f., 1018ff., 1030ff., 1090ff., 1094ff., 1105ff., 1113ff., 1378, 1423, 1445, 1663, 1807 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 1821.

Im einzelnen ist über die Anwendbarkeit der sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften auf das Erbbaurecht folgendes zu bemerken:

a) Mit dem Erbbaurechte können wie mit einem Grundstücke **subjektiv dingliche Rechte** verbunden werden, die als Bestandteile desselben gelten (§ 96). Als solche kommen insbesondere die Grunddienstbarkeiten, Vorkaufsrechte und Reallasten, außerdem auch die Notweg- und Überbaurenten (§§ 916f., oben S. 186, S. 189 Erl. δ) in Betracht.

b) Belastet werden kann das Erbbaurecht mit Dienstbarkeiten, Reallasten, Vorkaufsrechten sowie mit Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden wie ein Grundstück. Der Nießbrauch an einem Erbbaurecht untersteht nicht den Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten, sondern denen des Sachnießbrauchs. Es finden daher insbesondere auf die Begründung des Nießbrauchs an einem Erbbaurechte nicht die §§ 1069, 925, 1017 Abs. 2, sondern der § 873 (so Kretzschmar II S. 314, Turnau-Förster I S. 493f., Fuchs S. 322 Erl. 2a, anders die früheren Aufl. S. 379 Erl. 1 zu § 1069) und auf die Beendigung desselben nicht der § 1072, sondern die §§ 975, 889 Anwendung. Da indessen die Aufhebung des Erbbaurechts nach § 875 erfolgt, so wird auch der § 876, obwohl dessen Wortlaut nur auf den Nießbrauch an einem Rechte paßt, doch Anwendung finden müssen und daher die Zustimmung des Nießbrauchers zu der Aufhebung des Erbbaurechts erforderlich sein. Für den Nießbrauch an Rechten ist dies im § 1071 ausdrücklich bestimmt. Durch die Anwendung des § 876 gelangt man, auch wenn man auf den Nießbrauch an einem Erbbaurechte die Vorschriften über den Sachnießbrauch anwendet, sachlich zu demselben Ergebnisse. Das Erbbaurecht kann auch mit einem Erbbaurechte belastet werden; ein Erbbaurecht an einem Erbbaurechte setzt natürlich voraus, daß das belastete Bauwerk Eigentum des Erbbauberechtigten ist (vgl. Kretzschmar II S. 234; Kohn a. a. O. S. 84f., abw. Fuchs S. 274 Erl. 4c). Ob das Erbbaurecht Gegenstand eines Pfandrechts sein kann, ist nicht unzweifelhaft. Aus der Grundstücksnatur des Erbbaurechts dürfte die Unzulässigkeit folgen, da es nicht angeht, daß das Erbbaurecht sowohl mit einer Hypothek als auch mit einem Pfandrechte belastet ist.

c) Die das Erbbaurecht belastenden Rechte, insbesondere die Hypotheken und Grundschulden, **erstrecken sich auf das Bauwerk** und dessen Bestandteile und Zubehörstücke, mag es dem Eigentümer gehören oder von dem Erbbauberechtigten errichtet sein. Abgesehen davon, daß die Rechte der Hypotheken- und Grundschuldgläubiger nicht weiter greifen können als die des Erbbauberechtigten, die Schranken des Erbbaurechts also auch jene Rechte einschränken, finden die §§ 1120ff. Anwendung, wie wenn nicht das Erbbaurecht, sondern das Grundstück belastet wäre. Um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, hat man das von dem Erbbauberechtigten errichtete Bauwerk als wesentlichen Bestandteil des Erbbaurechts (Fuchs S. 273 Erl. 2, S. 275, Kretzschmar II S. 235, Oberneck 3. Aufl. I S. 507f., Biermann S. 222 Erl. 1, Kohn a. a. O. S. 20ff., 85ff., s. auch Windscheid-Kipp I S. 611, andererseits Turnau-Förster I S. 445 Erl. 2) oder als wesentlichen Bestandteil der dem Erbbaurecht unterworfenen, insoweit verselbständigten Qualitäten des Grundstücks (Oertmann im Arch. f. Bürg. R. Bd. 20 S. 190f.) oder auch als Zubehör des Erbbaurechts (André a. a. O. S. 114; Gierke, Deutsches Privatr. II § 141 Anm. 13 S. 617f.) bezeichnet. Der ersteren Ansicht steht zwar nicht das Bedenken entgegen, daß eine Sache nicht Bestandteil eines Rechtes sein könne — die Zulässigkeit ergibt sich aus § 1017 Abs. 1 (s. auch S. 348 Vorbm. 6) —, wohl aber, daß das Bauwerk nicht notwendig im Eigentume des Erbbauberechtigten zu stehen braucht und daher, wenn es von dem Erbbauberechtigten errichtet ist, auch von diesem an den Grundeigentümer und folgerecht auch wohl an einen Dritten übereignet werden (vgl. S. 350 Erl. 3b zu § 1012 und über die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit S. 354 Erl. 4 zu § 1016), also wenigstens insoweit Gegenstand besonderer Rechte sein kann. Deshalb wird man die Anwendbarkeit der §§ 94 Abs. 1, 95 auf das Erbbaurecht nicht uneingeschränkt bejahen dürfen. Wohl aber sprechen überwiegende Gründe dafür, das Bauwerk als Bestandteil des Erbbaurechts anzusehen.

Mit der Beendigung des Erbbaurechts erlöschen die dieses belastenden Rechte auch an dem Bauwerke, wenn dieses nicht dem Erbbauberechtigten gehört; anderenfalls erhalten sich neben dem Eigentume des Erbbauberechtigten (S. 354 Erl. 4 zu § 1016) auch jene Rechte an dem Bauwerke (Oertmann in Hirths Annalen 1904 S. 568; Kohn a. a. O. S. 89; s. jedoch auch Erl. 1c zu § 1147).

d) Nach § 313 in Verbindung mit § 1017 bedarf ein Vertrag, durch den sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, das Erbbaurecht zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beur-

kundung; der Formmangel wird jedoch durch die Auflassung und die Eintragung des neuen Berechtigten in das Grundbuch geheilt. Darüber, daß diese Vorschriften nicht auch, wie in den vorigen Auflagen angenommen ist, für den Vertrag gelten, in dem sich der Erbbauberechtigte zur Bestellung eines Erbbaurechts verpflichtet, vgl. Bd. II S. 125f. Erl. 1 zu § 313 (und Kretzschmar II S. 232f.; a. M. Kohn a. a. O. S. 57ff.; Turnau-Förster I S. 445, Predari S. 79, Fuchs S. 269 Erl. 5, Oberneck 3. Aufl. I S. 502f., Biermann S. 222 Erl. 1). Damit steht es im Einklange, wenn das Kammergericht (KG. 21 S. A 127) die Vorschriften, welche die Veräußerung der städtischen od. ähnl. Grundstücke an die Genehmigung einer Aufsichtsbehörde knüpfen, auf die Bestellung eines Erbbaurechts nicht für anwendbar erklärt (dagegen Dernburg III § 162 Anm. 7).

e) Wegen der Anwendbarkeit des § 890 f. S. 348 Vorbm. 6 und wegen der der §§ 912ff auf einen durch einen Erbbauberechtigten errichteten Überbau S. 181 Erl. 1b zu § 912.

f) Aus der Anwendbarkeit des § 946 folgt, daß, wenn eine bewegliche Sache mit dem Grundstück als wesentlicher Bestandteil verbunden wird, das Erbbaurecht sich auf diese Sache erstreckt (vgl. hierzu auch S. 251f. Erl. 2 zu § 949).

g) Über die Zulässigkeit der Beleihung von Erbbaurechten mit Mündelgeld vgl. preuß. JMBl. 1902 S. 6ff. (auch CBl. f. FG. 2 S. 647ff.); dagegen Wittmaack im Arch. f. civ. Pr. 93 S. 323ff., Oberneck 3. Aufl. I S. 506; s. auch Kretzschmar II S. 240, André a. a. O. S. 124f.; Kohn a. a. O. S. 92ff.; Wilutzky in Gruch. 49 S. 539f.

3. Die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung.

a) Hiernach gelten für das Erbbaurecht die §§ 925, 926 entsprechend. Vgl. dazu S. 352 Erl. 2a zu § 1015. Infolge der Anwendbarkeit des § 925 Abs. 2 kann — im Gegensatze zur Bestellung (s. Erl. 2b zu § 1015) — die Übertragung des Erbbaurechts nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen. Dadurch wird selbstverständlich die (nicht an eine Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpfte) Übertragung eines bedingten oder befristeten Erbbaurechts nicht ausgeschlossen. (A. A. Fuchs S. 268f. Note 2 zu § 1015, welcher aus dem Fehlen einer dem § 925 Abs. 2 entsprechenden Bestimmung im § 1015 folgert, daß auch die Übertragung des Erbbaurechts unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung zulässig ist; a. M. auch Staudinger III S. 284 Erl. 1b.)

b) Die für den Verlust des Eigentums geltenden Vorschriften sind auf Erbbaurechte nicht entsprechend anwendbar. Daraus folgt die Unanwendbarkeit des § 928. Die Aufgabe des Erbbaurechts erfolgt nach § 875; mit ihr konsolidiert sich das Eigentum.

c) Streitig ist die Anwendbarkeit des § 927. In den früheren Auflagen ist sie verneint, weil diese Vorschrift zu den den Verlust des Eigentums regelnden Bestimmungen gehöre und der Ausschluß des Erbbauberechtigten die Konsolidation des Eigentums zur Folge haben würde. Indessen dürfte die die Anwendbarkeit bejahende herrschende Meinung den Vorzug verdienen, da der § 927 zugleich eine Vorschrift über den Erwerb des Eigentums trifft und das Aufgebotsverfahren aus § 927 nicht den Ausschluß des Erbbaurechts, sondern nur den des bisherigen Berechtigten zugunsten desjenigen, welcher das Grundstück als angeblicher Erbbauberechtigter in Besitz hat, zur Folge hat (s. Kohn a. a. O. S. 77f., a. M. Fuchs S. 275, Turnau-Förster I S. 446 Erl. II, Biermann S. 223 Erl. 2, Predari S. 79).

4. Die Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentume gelten für das Erbbaurecht gleichfalls entsprechend. Hiernach finden die §§ 985ff., 1004 entsprechende Anwendung. Durch das Vindikationsrecht (§§ 985ff.) und den negatorischen Anspruch (§ 1004) des Erbbauberechtigten wird das Vindikationsrecht und unter Umständen auch der negatorische Anspruch des Eigentümers nicht ausgeschlossen. Selbstverständlich kann aber der Vindikation des Eigentümers gegenüber der Erbbauberechtigte sowie derjenige Besitzer, welcher sein Recht zum Besitze von dem Erbbauberechtigten ableitet, die Herausgabe nach § 986 verweigern. Im Falle verbotener Eigenmacht gegen den Erbbauberechtigten stehen dem Eigentümer als mittelbaren Besitzer (s. S. 350f. Erl. 6 zu § 1012) die im § 869 bestimmten Rechte zu.

Über die Anwendbarkeit des § 919 s. S. 192 Erl. 3.

5. Die Vorschriften des § 1017 kommen nach Art. 184 des EG. auch in der Übergangszeit zur Anwendung. In den Art. 63, 68 ebd. sind sie auf Erbpacht- und Abbaurechte für entsprechend anwendbar erklärt.

Fünfter Abschnitt.
Dienstbarkeiten.
Erster Titel.
Grunddienstbarkeiten.

Fünfter Abschnitt.

1. Der fünfte Abschnitt betrifft die **Dienstbarkeiten.** Der Abschnitt zerfällt in drei Titel, deren erster (§§ 1018—1029) von den Grunddienstbarkeiten handelt, während der zweite (§§ 1030—1089) den Nießbrauch, der dritte (§§ 1090—1093) die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten betrifft. Andere als die erwähnten Dienstbarkeiten kennt das BGB. nicht. In M. III S. 475ff. wird die Frage erörtert, ob sich überhaupt ein allgemeiner Begriff der Dienstbarkeiten aufstellen lasse, welche für alle drei oben erwähnten Arten passe. Es wird hervorgehoben, daß wenn man, was am nächsten liege, den Begriff der Dienstbarkeit dahin bestimme, daß sie ein dingliches Recht an einer fremden Sache sei, kraft dessen dem Berechtigten der Gebrauch der Sache in gewissen Beziehungen zustehe, der Ausdruck „Gebrauch" in einem weiteren als dem gewöhnlichen Sinne (§ 100) verstanden werden müsse. Es dürfte indessen nicht nötig sein, jenen Ausdruck bei der Begriffsbestimmung zu gebrauchen. Das gemeinschaftliche Merkmal aller Dienstbarkeiten besteht darin, daß sie dingliche Rechte an einer fremden Sache sind, kraft deren der Eigentümer zugunsten des Berechtigten in einzelnen Beziehungen in der tatsächlichen Ausübung der aus dem Eigentume folgenden Befugnisse beschränkt wird. Die Beschränkung kann sich auf das Recht, die Nutzungen der Sache zu ziehen oder sie in anderer Weise zu gebrauchen oder auf die durch das Nachbarrecht für den Eigentümer begründeten Befugnisse beziehen. Durch die Beziehung auf die tatsächliche Ausübung des Eigentums unterscheidet sich die Dienstbarkeit von dem Vorkaufsrechte, den Reallasten, der Hypothek, der Grundschuld, der Rentenschuld und dem Pfandrecht. Ihre Unterscheidung von dem Erbbaurecht und anderen landesgesetzlich zugelassenen Nutzungsrechten liegt auf einem anderen Gebiete. Die Dienstbarkeit ist begrifflich beschränkt entweder durch ihren Zweck, oder durch ihre Dauer. Die erstere Beschränkung gilt für die Grunddienstbarkeiten, indem diese nur insoweit zulässig sind, als sie für die Benutzung eines anderen Grundstücks Vorteil gewähren; die zweitgedachte Beschränkung gilt für den Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, indem diese Rechte unvererblich und unübertragbar sind. Die Zusammenfassung der Grunddienstbarkeiten, des Nießbrauchs und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten unter dem gemeinschaftlichen Begriffe der Dienstbarkeiten ist übrigens praktisch von sehr geringer Bedeutung. Das BGB. enthält keine für alle diese Rechte geltende gemeinschaftliche Bestimmungen und nur wenige der für die einzelnen Kategorien gegebenen besonderen Vorschriften haben sachlich denselben Inhalt. Zu diesen gehören die Vorschriften über das Zusammentreffen mehrerer Dienstbarkeiten untereinander oder mit anderen Nutzungsrechten in den §§ 1024, 1060, 1090 und über die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die actio negatoria im Falle einer Beeinträchtigung der Dienstbarkeit in den §§ 1027, 1065, 1090.

Nur Grundstücke können mit einer Grunddienstbarkeit oder mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belastet werden; der Nießbrauch ist sowohl an Grundstücken als an beweglichen Sachen möglich.

2. Von den **Vorbehalten zugunsten der Landesgesetze** beziehen sich dem Wortlaute nach auf alle Dienstbarkeiten die Vorschriften des EG. in Art. 113 (Zusammenlegung von Grundstücken ꝛc.) und in Art. 114 (die für die Ablösung von Dienstbarkeiten zu zahlenden Renten). Praktisch werden auch in diesen Beziehungen nur die Grunddienstbarkeiten und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten in Frage kommen.

Erster Titel.

Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht im Archiv für civ. Praxis Bd. 87 S. 157ff
Cohen, Bestellung von Grunddienstb. zugunsten eines Grundstücks desselben Eigentümers

(DJZ. 1901 S. 28). **Erhardt**, Die Teilbarkeit der Servituten nach gemeinem Rechte und dem BGB. (Dissertation 1899; **Huber**, Die Eigentümerdienstbarkeit i. d. Festschrift der jur. Fakultät der Universität Bern für Fitting 1902).

Die **Grunddienstbarkeiten** sind allen bisherigen Rechten bekannt. Sie haben den Zweck, die wirtschaftliche Benutzung eines Grundstücks (des herrschenden Grundstücks) dadurch zu fördern, daß ein anderes Grundstück (das dienende Grundstück) für die wirtschaftliche Benutzung des herrschenden Grundstücks in gewissen Beziehungen dienstbar gemacht wird. Die Grunddienstbarkeit ist ein subjektivdingliches Recht an einem Grundstücke. Den möglichen Inhalt dieses Rechtes bestimmt der § 1018. Folgende Grundsätze sind hervorzuheben:

1. **Gegenstand einer Grunddienstbarkeit** kann nur ein Grundstück sein oder ein Recht, auf welches die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden. Von den in dem BGB. geregelten Rechten kommt nur das Erbbaurecht in Betracht (§ 1017). In betreff der den Landesgesetzen vorbehaltenen Rechte vgl. EG. Art. 63, 68, 196. An dem Bruchteil eines Grundstücks ist eine Grunddienstbarkeit nicht möglich. An dem realen Teile eines Grundstücks ist sie möglich. Der Abschreibung eines solchen Teiles von dem Grundstück im Grundbuche bedarf es nach GBO. § 6 Satz 2 nicht, wenn infolge der Belastung des Teiles mit der Grunddienstbarkeit Verwirrung nicht zu besorgen ist. Durch die Beschränkung der jeweiligen Ausübung der Dienstbarkeit auf einen Teil des Grundstücks wird die Belastung des ganzen Grundstücks nicht berührt. Dies zeigt sich darin, daß wenn bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks die Dienstbarkeit wegfällt, der Ersatzanspruch des Berechtigten sich auf den ganzen Erlös bezieht (ZVG. § 92; vgl. auch § 1023). Über eine Grunddienstbarkeit an der ganzen Gemarkung einer Gemeinde s. Vorbm. 4.

Nach RG. Bd. 53 S. 98 kann auch an einem öffentlichen Flusse nach gemeinem und preußischen Rechte eine Fischereigerechtigkeit als Grundgerechtigkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestehen.

2. **Berechtigtes Subjekt der Grunddienstbarkeit** ist der jeweilige Eigentümer eines anderen (des herrschenden) Grundstücks. Zugunsten des Bruchteils eines Grundstücks kann eine Grunddienstbarkeit nicht bestehen. Im E. I § 968 war dies ausdrücklich bestimmt. Von der zweiten Kommission ist diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen (P. II Bd. 3 S. 310). Einem Grundstücke gleich stehen auch hier das Erbbaurecht und die nach den Landesgesetzen zulässigen Rechte, auf welche die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden (s. Vorbm. 1). Die Grunddienstbarkeit ist Bestandteil des herrschenden Grundstücks (§ 96) und untrennbar von diesem. Über Dienstbarkeiten zugunsten der ganzen Gemarkung einer Gemeinde s. Vorbm. 4. Über die Ausübung der Dienstbarkeit durch andere Personen als den Eigentümer s. Erl. 5 zu § 1019.

3. **Der mögliche Inhalt einer Grunddienstbarkeit** kann darin bestehen (§ 1018),

a) daß der Berechtigte das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf,

b) daß auf dem belasteten Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen,

c) daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt.

Die Grunddienstbarkeit muß für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteile bieten (§ 1019). Diese Vorschriften sind zwingender Natur. Einen anderen als den angegebenen Inhalt kann eine Grunddienstbarkeit nicht haben; insbesondere kann dadurch eine Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstücks zu einer Leistung nicht begründet werden (vgl. jedoch §§ 1021, 1022). Auch eine Verpflichtung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks zu einer Gegenleistung kann durch die Grunddienstbarkeit nicht begründet werden. Möglich ist indessen, daß die Zulässigkeit der Ausübung der Dienstbarkeit in jedem einzelnen Falle von einer vorherigen Leistung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks abhängig gemacht wird. Es handelt sich in einem solchen Falle um eine Beschränkung des Inhalts der Grunddienstbarkeit. Abgesehen hiervon kann eine Verpflichtung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks zu einer Leistung nur im Wege der Bestellung einer selbständigen Reallast begründet werden (vgl. jedoch § 1021 Abs. 1 Satz 2).

4. Über **die Begründung einer Grunddienstbarkeit durch Rechtsgeschäft** enthält das BGB. keine besonderen Vorschriften. Es finden darauf also die allgemeinen Vorschriften über die Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte Anwendung (§§ 873, 874, 878). Erforderlich ist die Einigung zwischen dem Eigentümer des zu belastenden und dem Eigentümer des Grundstücks, zu dessen Gunsten die Grunddienstbarkeit bestellt werden soll und die Eintragung im Grundbuche. Die Eintragung erfolgt auf dem Grundbuchblatte des belasteten Grundstücks; sie wird aber nach

Maßgabe der GBO. § 8 auch auf dem Grundbuchblatte des herrschenden Grundstücks vermerkt. An der ganzen Gemarkung einer Gemeinde kann eine Grunddienstbarkeit nicht bestellt werden, weil für die Gemarkung im ganzen ein Grundbuchblatt nicht besteht (P. II Bd. 3 S. 437ff.). Möglich ist aber, daß alle Grundstücke einer Gemarkung mit einer inhaltlich gleichen Grunddienstbarkeit belastet werden. Ebenso kann eine Grunddienstbarkeit nicht zugunsten aller in einer Feldmark liegenden Grundstücke durch einen und denselben Rechtsakt begründet werden. Zulässig ist indessen auch hier die Bestellung einer Grunddienstbarkeit gleichen Inhalts zugunsten jedes einzelnen Grundstücks. Für die bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Rechtsverhältnisse der hier fraglichen Art ist der Vorbehalt des EG. Art. 164 zugunsten der Realgemeinden zu beachten.

Streitig ist, ob der Eigentümer von zwei Grundstücken das eine derselben mit einer Grunddienstbarkeit zugunsten des anderen belasten oder ob der Eigentümer eines Grundstücks einen Teil desselben zugunsten des anderen Teiles für den Fall mit einer Grunddienstbarkeit belasten kann, daß der eine oder andere Teil veräußert wird. Es kann dies dem Eigentümer mit Rücksicht auf eine beabsichtigte Veräußerung und die für einen solchen Fall bestehenden polizeilichen Vorschriften wünschenswert erscheinen. Die Frage muß indessen verneint werden, weil zu der Bestellung der Dienstbarkeit die Einigung, also ein dinglicher Vertrag zwischen den Eigentümern der beiden beteiligten Grundstücke erforderlich ist, ein solcher Vertrag aber von dem Eigentümer beider Grundstücke mit sich selbst nicht geschlossen werden kann. Die Vorschrift des § 181 findet zwar auf den hier fraglichen Fall keine Anwendung, weil er nur den Abschluß eines Vertrags von seiten des Vertreters eines anderen mit sich selbst betrifft; aber aus dem Begriffe des Vertrags folgt die Unmöglichkeit, einen solchen mit sich selbst abzuschließen. (Ebenso M. III S. 480; KGJ. Bd. 1 S. 167; Bd. 5 S. 73; RG. Bd. 47 S. 202; a. A. DJZ. 1901 S. 23). Eine Ausnahme von diesem Grundsatze findet statt nach § 1009 bei der Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten eines einem der Miteigentümer gehörenden Grundstücks. Eine bestehende Grunddienstbarkeit erlischt nach § 889 nicht dadurch, daß das Eigentum des herrschenden und des dienenden Grundstücks sich in derselben Person vereinigt.

Durch Ersitzung kann eine Grunddienstbarkeit nur nach Maßgabe des § 900 Abs. 2 im Wege der sog. Tabularersitzung erworben werden.

Gesetzliche Dienstbarkeiten kennt das BGB. nicht. Insbesondere enthält das BGB. keine Vorschrift, daß bei Abveräußerung eines Teiles, auf welchem sich eine Anlage befindet, die dem zurückbehaltenen Teile dient, diese als Belastung des abveräußerten Teiles zugunsten des zurückbehaltenen Teiles zu behandeln ist (P. II Bd. 3 S. 286). Möglicherweise kann in einem solchen Falle eine obligatorische Verpflichtung zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit als stillschweigend vereinbart anzusehen sein (M. III S. 478). Das Recht auf den Überbau (§ 912) und auf den Notweg (§ 917) sind keine Grunddienstbarkeiten, sondern nachbarrechtliche Beschränkungen des Eigentums. Auf den den Landesgesetzen vorbehaltenen Gebieten, z. B. des Wasserrechts (EG. Art. 65) des Deich- und Sielrechts (EG. Art. 66), des Jagd- und Fischereirechts (EG. Art. 69) hat die Landesgesetzgebung auch in betreff der Begründung der Grunddienstbarkeiten und der Anerkennung gesetzlicher Grunddienstbarkeiten freie Hand.

5. **Übertragen werden kann die Grunddienstbarkeit nur** zusammen mit dem herrschenden Grundstücke; mit der Übertragung des herrschenden Grundstücks geht sie von selbst auf dessen Erwerber über. Über die Überlassung der Ausübung der Grunddienstbarkeit an andere s. Erl. 5 zu § 1019.

6. Auch über die **rechtsgeschäftliche Aufhebung einer Grunddienstbarkeit** enthält das BGB. keine besonderen Vorschriften. Es finden darauf also die allgemeinen Bestimmungen über die Aufhebung von Rechten an Grundstücken (§§ 875, 876, 878) Anwendung. Durch Verjährung erlischt eine Grunddienstbarkeit nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften des § 901 und der besonderen Vorschrift des § 1028.

Eine Grunddienstbarkeit erlischt ferner nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung, unter welcher sie bestellt worden ist oder des Termins, bis zu welchem sie nach dem Begründungsvertrage bestehen soll sowie durch den Untergang des herrschenden, wie des dienenden Grundstücks. Die für ein Gebäude bestellte Grunddienstbarkeit besteht indessen im Zweifel bei dem Untergange des Gebäudes und der Ersetzung durch ein anderes fort (Bayer. ObLG. Bd. 13 S. 201).

7. **Anordnung des Stoffes.** Die §§ 1018, 1019 bestimmen den möglichen Inhalt einer Grunddienstbarkeit. Der § 1020 legt dem Berechtigten die Verpflichtung auf, das Interesse

§. 1018. Ein Grundstück kann zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, daß dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder daß auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigenthum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergiebt (Grunddienstbarkeit).

---

des Eigentümers möglichst zu schonen. Die §§ 1021, 1022 handeln von der Verpflichtung zur Erhaltung von Anlagen, die zur Ausübung der Grunddienstbarkeit dienen. Der § 1023 bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen der Eigentümer des belasteten Grundstücks, wenn die Ausübung der Grunddienstbarkeit sich auf einen Teil des Grundstücks beschränkt, die Verlegung der Ausübung verlangen kann. Der § 1024 handelt von dem Zusammentreffen einer Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder mit einem anderen Nutzungsrecht an demselben Grundstücke. Die §§ 1025, 1026 handeln von den Folgen der Teilung des herrschenden oder des dienenden Grundstücks. Der § 1027 bestimmt die dem Berechtigten im Falle einer Beeinträchtigung seines Rechtes zustehenden Befugnisse, der § 1028 die Voraussetzungen, unter welchen eine Grunddienstbarkeit durch Verjährung erlischt, der § 1029 endlich die Voraussetzungen, unter welchen der Berechtigte Besitzschutz genießt.

8. In betreff der Grunddienstbarkeiten bestehen **weitgehende Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung.** Neben den sich auch auf Grunddienstbarkeiten beziehenden allgemeinen Vorschriften des EG. Art. 109 (Enteignung) und des Art. 113 (Zusammenlegung von Grundstücken) wird durch EG. Art. 115 der Landesgesetzgebung das Recht vorbehalten, die Belastung eines Grundstücks mit Grunddienstbarkeiten zu untersagen oder zu beschränken, und den Inhalt und das Maß der Grunddienstbarkeiten näher zu bestimmen. Unberührt bleiben ferner nach EG. Art. 128 die landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung und Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der GBO. nicht eingetragen zu werden braucht (vgl. auch die allgemeinen Vorbehalte der Art. 65, 66, 69, 73, 83, 164 sowie das EG. zum ZVG. § 9 in betreff der nach Landesgesetz begründeten der Eintragung nicht bedürfenden Dienstbarkeiten).

9. **Übergangsvorschriften** für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten enthalten die Art. 184, 187, 189, 191. Nach Art. 184 bestimmt sich der Inhalt und der Rang der bestehenden Grunddienstbarkeiten zwar im allgemeinen nach dem bisherigen Rechte, es finden darauf aber von dem Inkrafttreten des BGB. an die Vorschriften des BGB. §§ 1020—1028 Anwendung (s. Erl. zu Art. 184). Nach Art. 187 Abs. 1 bedarf eine Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit besteht, in welcher das Grundbuch als angelegt gilt, zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung. Diese hat aber zu erfolgen, wenn der Berechtigte oder der Eigentümer des belasteten Grundstücks sie verlangt. Nach Abs. 2 kann durch Landesgesetz bestimmt werden, daß die Grunddienstbarkeiten oder einzelne derselben von einem durch das Landesgesetz zu bestimmenden Zeitpunkt an zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung bedürfen (s. Erl. zu Art. 187). Der Art. 189 enthält allgemeine, auch für Grunddienstbarkeiten geltende Vorschriften über die Begründung und Aufhebung von Rechten an Grundstücken in der Zwischenzeit von dem Inkrafttreten des BGB. an bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch für das betreffende Grundstück als angelegt gilt, ferner über die Behandlung einer bei dem Inkrafttreten des BGB. noch nicht vollendeten Ersitzung sowie über die Aufhebung eines zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs bestehenden Rechtes, bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Recht im Grundbuch eingetragen ist (s. Erl. zu Art. 189). Der Art. 191 endlich enthält Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter welchen und über die Art, in welcher die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits bestehenden Grunddienstbarkeiten den Besitzschutz genießen (s. Erl. zu Art. 191).

§ 1018.

E. I § 966; II § 929 rev. § 1003; III § 1002. P. I S. 4359 ff.; M. III S. 478 ff. P. II Bd. 3 S. 286 ff., 305 ff., 327 f. D. S. 667 f. RB. S. 2002. StB. S. 2784.

Über den Begriff und den Inhalt der Grunddienstbarkeiten im allgemeinen, über ihre Begründung, Übertragung und Aufhebung s. Vorbm. 1—6 zu diesem Titel. Vgl. auch RJA. Bd. 1 S. 27; Rspr. Bd. 1 S. 380, 426; KG. 21 A S. 310.

1. Der § 1018 bestimmt **den möglichen Inhalt einer Grunddienstbarkeit.** Das durch die Grunddienstbarkeit begründete Recht kann darin bestehen, daß

a) der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks **das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf.** Nicht zulässig ist, daß die Grunddienstbarkeit, ähnlich wie bei dem Nießbrauch auf die Ziehung aller Nutzungen des belasteten Grundstücks geht. Die einzelnen Beziehungen, in welchen der Berechtigte das Grundstück zu benutzen befugt ist, müssen in dem Begründungsvertrage bestimmt werden. Praktisch in Betracht kommt hauptsächlich das Recht, das belastete Grundstück zum Gehen, Reiten oder Fahren, zur Viehweide, zur Errichtung von Anlagen, z. B. zu einer Wasserleitung zu benutzen. Auch das Recht, einzelne Arten von Früchten des belasteten Grundstücks zu ziehen, in einem auf dem belasteten Grundstücke befindlichen Teiche zu fischen, kann möglicherweise als Grunddienstbarkeit begründet werden (vgl. jedoch § 1019);

b) **daß gewisse Handlungen auf dem belasteten Grundstücke nicht vorgenommen werden dürfen.** Gedacht ist hierbei zunächst an solche Handlungen, zu deren Vornahme auf dem belasteten Grundstücke der Eigentümer als solcher an sich berechtigt sein würde. Praktisch in Betracht kommen insbesondere die Dienstbarkeiten, durch welche dem Eigentümer das Recht entzogen wird, auf dem belasteten Grundstück ein Gebäude oder eine sonstige Anlage zu errichten oder über eine gewisse Höhe hinaus zu bauen oder Fenster nach der Seite des herrschenden Grundstücks zu haben. Fraglich ist, ob den Gegenstand der Dienstbarkeit auch die Unterlassung solcher Handlungen bilden kann, zu denen der Eigentümer ohnehin nicht berechtigt ist, insbesondere die Unterlassung einer schon durch die Vorschriften über das Nachbarrecht (§§ 906 ff.) verbotenen Einwirkung auf das herrschende Grundstück. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Dienstbarkeit läßt sich geltend machen, daß sie zwecklos ist. Man wird indessen daraus, daß der Zweck, welchen eine solche Dienstbarkeit verfolgt, schon durch die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen erreicht wird, nicht ohne weiteres auf die gesetzliche Unzulässigkeit schließen können. Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks kann insbesondere in solchen Fällen, in welchen es zweifelhaft ist, ob eine Handlung schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Nachbarrechts zulässig ist oder nicht, ein Interesse dabei haben festzustellen, daß diese Handlung unzulässig ist. Eine solche Feststellung aber kann er mit dinglicher Wirkung nur durch die Begründung einer Grunddienstbarkeit, durch welche jene Handlung untersagt wird, erreichen. Der Wortlaut des Gesetzes spricht ganz allgemein von Handlungen, ohne die Einschränkung hinzuzufügen, daß die Handlung eine an sich erlaubte sein müsse. Man wird bei diesem Wortlaute stehen bleiben müssen, da entscheidende innere Gründe für eine Einschränkung nicht sprechen. Eine Gefahr, daß unnötige Dienstbarkeiten begründet werden und das Grundbuch damit überlastet wird, ist schon mit Rücksicht auf die Kosten nicht zu besorgen (a. A. Rspr. Bd. 1, S. 380; **Staudinger** Erl. IIb zu § 1018; **Biermann**, Erl. 2b zu § 1018).

Als Handlungen, auf deren Unterlassung die Dienstbarkeit gerichtet sein kann, kommen nur solche in Betracht, zu denen der Eigentümer des belasteten Grundstücks als solcher, also kraft seines Rechtes, das Grundstück zu benutzen oder sonst tatsächlich darüber zu verfügen befugt ist, nicht aber solche Handlungen, zu denen er kraft seiner persönlichen Freiheit oder kraft der Freiheit des Geschäftsbetriebes berechtigt ist. Die Dienstbarkeit kann also z. B. dahin gehen, daß der Eigentümer auf dem belasteten Grundstücke keine Fabriken, keine Stallungen für Vieh errichten oder halten, daß er keine Gast- oder Schankwirtschaft darauf betreiben darf; sie kann aber nicht darauf gerichtet sein, daß in der auf dem Grundstücke betriebenen Gastwirtschaft bestimmte Arten von Bier nicht verschenkt werden dürfen (Rspr. Bd. 5 S. 154, 316; RG. Bd. 24 S. A 241; RJA. Bd. 3 S. 148). Ob eine hiernach zulässige Belastung als Grunddienstbarkeit oder etwa nur als beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden kann, hängt dann aber weiter davon ab, ob die Unterlassung der betreffenden Handlungen zum Vorteil des berechtigten Grundstücks gereicht oder nicht (s. Erl. 2 zu § 1019).

c) **daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, welches sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem herrschenden Grundstücke gegenüber ergibt.** In Betracht kommen die sich aus dem Nachbarrecht ergebenden Befugnisse des Eigentümers des belasteten Grundstücks. Diese Befugnisse bestehen einerseits darin, daß der Eigentümer unter den im § 906 bestimmten Voraussetzungen durch die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch 2c. auf ein Nachbargrundstück einzuwirken befugt ist, andererseits darin, daß er jede Einwirkung von seiten des Nachbargrundstücks auf sein Grundstück, welche nach § 906 nicht gestattet ist, verbieten kann. In beiden Beziehungen kann das Recht des Eigentümers durch die

Grunddienstbarkeit beschränkt werden. Es kann ihm dadurch das Recht entzogen werden, nach Maßgabe des § 906 auf das herrschende Grundstück einzuwirken, und er kann dadurch genötigt werden, eine nach allgemeinen Grundsätzen unzulässige Einwirkung von seiten des herrschenden Grundstücks zu dulden. (Rspr. Bd. 4 S. 305). Der Verzicht auf Entschädigung wegen unzulässiger Einwirkung von seiten eines Nachbargrundstücks kann nicht als Grunddienstbarkeit begründet und eingetragen werden; möglich ist indessen, daß ein auf einen solchen Verzicht gerichteter Vertrag dahin auszulegen ist, daß dadurch die Begründung einer Dienstbarkeit hat vereinbart werden sollen, kraft deren der Eigentümer des einen Grundstücks die an sich unzulässige Einwirkung von seiten des anderen Grundstücks zu dulden verpflichtet ist; durch eine solche Dienstbarkeit wird dann selbstverständlich der Anspruch auf Entschädigung wegen der betreffenden Einwirkung ausgeschlossen (RG. Bd. 21 S. A 310, Bd. 22 S. A 152; Rspr. Bd. 3 S. 291). Als Grunddienstbarkeit kann auch nicht bestellt werden der Verzicht auf das mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbundene dingliche Recht an einem anderen Grundstück oder die Beschränkung eines solchen Rechtes; denn obwohl ein Recht dieser Art Bestandteil des Grundstücks ist, mit dessen Eigentum es verbunden ist (§ 96), so handelt es sich doch dabei nicht um ein aus dem Eigentum an dem einen Grundstücke gegenüber dem anderen sich ergebendes Recht im Sinne des § 1018; der Verzicht oder die Beschränkung kann nur nach Maßgabe der für das betreffende Recht geltenden Grundsätze erfolgen (RG. Bd. 23 S. A 226, Bd. 25 S. A 142; Rspr. Bd. 3 S. 292).

2. **Die Vorschriften des § 1018 sind zwingender Natur.** Eine Grunddienstbarkeit kann keinen anderen Inhalt haben als den nach § 1018 gestatteten. Gegenstand einer Dienstbarkeit kann z. B. nicht sein die Berechtigung zur Vornahme einer einzelnen Handlung etwa der Wegnahme eines Bauwerks (Rspr. Bd. 9 S. 307); auch das Recht, ein Anschlußgleis an eine Eisenbahn zu haben kann nicht als Dienstbarkeit zu Lasten des Eisenbahngrundstücks begründet werden (RG. Bd. 58 S. 264). Ebenso kann durch eine Grunddienstbarkeit nicht eine Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstücks zu einem Tun begründet werden (s. jedoch §§ 1021, 1022), den Antrag auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit mit einem anderen als den im § 1018 bezeichneten Inhalte hat das Grundbuchamt zurückzuweisen. Wäre die Eintragung doch erfolgt, so würde ein dingliches Recht nicht entstanden sein, weil ein Recht solchen Inhalts unmöglich ist (RG. Bd. 21 S. A 310). Über eine weitere Grenze des zulässigen Inhalts einer Grunddienstbarkeit s. § 1019.

Die in der gemeinrechtlichen Theorie gemachte Unterscheidung zwischen servitutes continuae und discontinuae (apparentes und non apparentes, rusticae und urbanae ist für das BGB. ohne Bedeutung, da sich an diese Unterschiede, obwohl sie tatsächlich auch bei den Grunddienstbarkeiten des BGB. vorkommen, rechtliche Folgen nicht knüpfen.

3. Innerhalb der durch § 1018 und § 1019 bestimmten Grenzen wird **der Inhalt der Grunddienstbarkeit durch den dinglichen Vertrag und die Eintragung im Grundbuche** bestimmt. Zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Grunddienstbarkeit kann bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 874).

Das BGB. enthält keine dispositiven oder Auslegungsvorschriften über den Inhalt und Umfang der einzelnen Grunddienstbarkeiten. Ein in der RTK. gestellter Antrag auf Aufnahme solcher Vorschriften wurde, nachdem er von dem Regierungsvertreter bekämpft war, abgelehnt (RB. S. 2002). Die Verschiedenheit der in Deutschland bestehenden Verhältnisse läßt allgemeine Vorschriften dieser Art als untunlich erscheinen. Dagegen bleiben nach EG. Art. 115 die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche den Inhalt und das Maß von Grunddienstbarkeiten näher bestimmen. Es bleiben also einerseits die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften dieser Art in Kraft und es können andererseits neue Vorschriften dieser Art landesgesetzlich gegeben werden. Für Grunddienstbarkeiten, welche nach dem Inkrafttreten des BGB. begründet werden, sind die Landesgesetze an die in den §§ 1018, 1019 bestimmten Grenzen gebunden, während die bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten mit ihrem bisherigen Inhalt auch dann bestehen bleiben, wenn dieser die in den §§ 1018, 1019 bestimmten Grenzen überschreitet. Durch die Aufrechterhaltung der bestehenden Landesgesetze werden insbesondere auch die gemeinrechtlichen Vorschriften über den Inhalt und Umfang der Wege- und Weidegerechtigkeiten aufrechterhalten (s. Bd. VI S. 236, Erl. 2c zu Art. 115).

4. **Auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten findet der § 1018 keine Anwendung** (EG. Art. 184).

§. 1019. Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vortheil bietet. Ueber das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden.

---

§ 1019.

E. I § 967; II § 930 rev. § 1004; III § 1003. P. I S. 4468 ff.; M. III S. 481 f. P. II Bd. 3 S. 308 ff. D. S. 667 f. RB. S. 2002. StB. S. 2788.

1. Der § 1019 bestimmt **eine neben den Vorschriften des § 1018 zu beobachtende Grenze für den Inhalt einer Grunddienstbarkeit.** Auch diese Vorschrift ist wie die des § 1018 zwingender Natur und kann für Grunddienstbarkeiten, welche nach dem Inkrafttreten des BGB. begründet werden, auf Grund des Vorbehalts des Art. 115 durch die Landesgesetzgebung nicht geändert werden, während sie für die bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten nach EG. Art. 184 nicht gilt.

2. Die durch § 1019 bestimmte Grenze besteht darin, **daß die Grunddienstbarkeit für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteil bieten muß.** Es genügt nicht, daß die Grunddienstbarkeit für die Person des Eigentümers des herrschenden Grundstücks Vorteil gewährt, vielmehr muß die Benutzung des herrschenden Grundstücks selbst durch die Grunddienstbarkeit eine vorteilhaftere werden. Das gemeinrechtliche Erfordernis der causa perpetua wird hierdurch ausgedrückt, zugleich aber beschränkt.

a) Es ist nicht erforderlich, daß die Grunddienstbarkeit jedem Besitzer des herrschenden Grundstücks Vorteil gewährt. Der von dem Redaktor der ersten Kommission vorgelegte Entwurf wollte dies erfordern. Der Antrag wurde abgelehnt. Es wurde dabei besonders hervorgehoben, daß wenn ein Grundstück zu einer gewerblichen Anlage, z. B. zu einer Fabrik eingerichtet werden solle, eine Grunddienstbarkeit, welche für die Benutzung dieses Grundstücks nur dann Vorteil gewähre, wenn dasselbe zu der gewerblichen Anlage eingerichtet sei, schon dann müsse bestellt werden können, wenn diese Einrichtung noch nicht erfolgt sei. Nach dem Wortlaute wie nach dem Zwecke der fraglichen Vorschrift dürfte es daher genügen, wenn die Grunddienstbarkeit bei irgend einer Art der Benutzung des herrschenden Grundstücks für diese Benutzung Vorteil bietet. Dies ist freilich nicht unbestritten. Es wird die Ansicht vertreten, daß die Grunddienstbarkeit für die Benutzung des herrschenden Grundstücks bei derjenigen Art der Benutzung desselben, welche bei der Begründung der Grunddienstbarkeit besteht, Vorteil bieten müsse. Diese Ansicht dürfte indessen auf einer Verwechselung der beiden Fragen beruhen, mit welchem Inhalte die Grunddienstbarkeit zulässig ist, also bestellt werden kann, und mit welchem Inhalte sie wirklich bestellt ist. Über die letztere Frage s. Erl. 4. Hier handelt es sich nur darum, mit welchem Inhalte die Grunddienstbarkeit bestellt werden kann, und diese Frage muß in dem obigen Sinne beantwortet werden. Man würde zu diesem Ergebnisse selbst vom Standpunkte der gegenteiligen Ansicht durch die Erwägung gelangen müssen, daß die Begründung einer Dienstbarkeit unter einer Bedingung erfolgen, und daß diese Bedingung dahin gestellt werden kann, daß das herrschende Grundstück zu einer solchen Art der Benutzung hergerichtet werde, bei welcher die Grunddienstbarkeit bei der Benutzung Vorteil bietet. Auch für ein zur Zeit der Begründung der Grunddienstbarkeit landwirtschaftlich oder forstwirtschaftlich benutztes Grundstück kann daher eine Grunddienstbarkeit bestellt werden, welche für die Benutzung des Grundstücks nur dann Vorteil bietet, wenn auf demselben eine Fabrik errichtet und betrieben wird. Dasselbe muß umgekehrt gelten. Berücksichtigt werden kann jede Art, in welcher die Benutzung des Grundstücks möglich ist. Zugunsten eines Grundstücks, auf welchem eine Gast- oder Schankwirtschaft betrieben wird, kann daher z. B. auch eine Grundgerechtigkeit zu Lasten eines Nachbargrundstücks dahin bestellt werden, daß auf diesem eine Gast- oder Schankwirtschaft nicht betrieben werden darf; denn eine solche Beschränkung der Benutzung des Nachbargrundstücks kann unter Umständen für die Benutzung des herrschenden Grundstücks zu den gedachten Zwecken großen Vorteil bieten (a. A. Rspr. Bd. 6 S. 119). Erforderlich aber ist immer, daß die Grunddienstbarkeit dem Gewerbebetrieb auf dem herrschenden Grundstücke Vorteil gewährt. Ein einfaches Konkurrenzverbot kann nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein (Hanseatische Gerichtszeitung 1904 S. 160).

Die nach römischem Rechte vertretene Ansicht, daß die Grunddienstbarkeit nur für landwirtschaftliche Zwecke oder für die Benutzung zum Wohnen zulässig sei, ist dem BGB. fremd.

b) Der E. I § 967 erwähnt neben dem Vorteil auch die Annehmlichkeit der Benutzung. Von der zweiten Kommission ist dieses Wort gestrichen, indem mit Recht davon ausgegangen

wurde, daß auch die Annehmlichkeit ein Vorteil sei. Unter diesem Gesichtspunkte kann z. B. die Unterlassung des Betriebes eines Gewerbes auf dem belasteten Grundstücke Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, wenn der Betrieb für die Bewohner des herrschenden Grundstücks unangenehm ist (Seuff. A. Bd. 25 Nr. 220; s. auch Bd. 45 Nr. 168; Rspr. Bd. 5 S. 316).

c) Nicht unbedingt erforderlich ist, daß das herrschende und das dienende Grundstück unmittelbar aneinanderstoßen (Erfordernis der Vizinität). Es kommt nur darauf an, daß die Grunddienstbarkeit, auch wenn die Grundstücke nicht aneinanderstoßen, doch dem herrschenden Grundstücke Vorteil gewähren kann. Bei Wegegerechtigkeiten z. B. wird es häufig vorkommen, daß mehrere Grundstücke, von denen eines nicht an das herrschende Grundstück, sondern an ein anderes, ebenfalls mit der Wegegerechtigkeit belastetes Grundstück stößt, belastet sind, oder daß sich zwischen dem herrschenden oder dienenden Grundstück ein öffentlicher Weg befindet. Es ist nicht erforderlich, daß bei der Belastung das nicht an das herrschende Grundstück grenzende Grundstück die dazwischen liegenden Grundstücke bereits mit einer Wegegerechtigkeit belastet sind, durch welche der Zugang zu dem entfernter liegenden Grundstück ermöglicht wird. Es genügt nach dem unter a Gesagten, daß die Möglichkeit aus der Grundgerechtigkeit, einen Vorteil für die Benutzung des herrschenden Grundstücks zu ziehen, gegeben ist.

d) Der Vorteil für die Benutzung des herrschenden Grundstücks muß durch die Belastung des anderen Grundstücks gewährt werden. Es genügt nicht, daß der Vorteil aus einem zeitweise auf dem belasteten Grundstücke stattfindenden Gewerbebetrieb oder aus einer darauf befindlichen Einrichtung, die nicht Bestandteil des Grundstücks ist, gezogen werden kann. Nicht notwendig ist, daß das belastete Grundstück den Vorteil für die Belastung des herrschenden Grundstücks für immer zu gewähren imstande ist. Eine Grunddienstbarkeit kann z. B. in dem Rechte bestehen, ein auf dem belasteten Grundstücke bestehendes Mergel- oder Tonlager zu benutzen, obwohl vorauszusehen ist, daß dieses mit der Zeit erschöpft sein wird. Tritt die Erschöpfung ein, so erlischt die Grunddienstbarkeit (s. Erl. 3).

3. **Eine Dienstbarkeit, welche den in Erl. 2 dargelegten Erfordernissen nicht entspricht, kann** wie im § 1019 Satz 2 ausdrücklich hervorgehoben ist, **nicht begründet werden.** Unzulässig ist daher z. B. eine Dienstbarkeit, deren Inhalt dahin bestimmt ist, daß der Berechtigte eine bestimmte Quantität Holz ohne Rücksicht auf das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks auf dem belasteten Grundstücke zu schlagen befugt sei. Bei Wasserleitungsgerechtigkeiten dürfte daher auch eine Bestimmung unzulässig sein, nach welcher der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Wasser nicht bloß zur Benutzung seines Grundstücks gebrauchen, sondern auch an beliebige andere abgeben darf (a. A. Jacubetzky S. 255; Staudinger, Erl. 1f zu § 1019). Das Grundbuchamt hat die Eintragung einer solchen Grunddienstbarkeit abzulehnen. Wäre die Eintragung erfolgt, so würde trotzdem eine Grunddienstbarkeit nicht entstanden sein, und der Eigentümer des belasteten Grundstücks würde die Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 verlangen können. Erstreckt sich die bestellte Grunddienstbarkeit über das nach § 1019 zulässige Maß hinaus, so wird man nicht die ganze Grunddienstbarkeit als nicht bestehend anzusehen haben; sie besteht vielmehr nur insoweit nicht, als sie das zulässige Maß überschreitet. Die Berichtigung des Grundbuchs kann auch in diesem Falle verlangt werden. Ist über den Umfang einer nach § 1018 zulässigen Dienstbarkeit nichts bestimmt, so wird als selbstverständlich anzusehen sein, daß sie nur mit der sich aus § 1019 ergebenden Beschränkung bestellt ist. Eine über dieses Maß hinausgehende Benutzung des belasteten Grundstücks ist daher nicht mehr Ausübung der Dienstbarkeit, sondern eine widerrechtliche Beeinträchtigung des Eigentums an dem belasteten Grundstück.

Ist das belastete Grundstück nicht mehr imstande, den durch die Grunddienstbarkeit bezweckten Vorteil für das herrschende Grundstück zu gewähren, ist z. B. das Mergel- oder Tonlager, zu dessen Ausbeutung die Grunddienstbarkeit berechtigte, erschöpft, so erlischt die Grunddienstbarkeit und es kann dann die Berichtigung des Grundbuchs verlangt werden. Eine nur vorübergehende Unfähigkeit des belasteten Grundstücks, den bezweckten Vorteil zu gewähren, berührt den Bestand der Grunddienstbarkeit nicht.

4. Eine andere als die in dem bisherigen erörterte Frage über den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit ist die Frage, **in welchem Umfang eine Grunddienstbarkeit im einzelnen Falle wirklich bestellt ist.** Die Bestellung kann selbstverständlich dahin erfolgen, daß sie nur für die Benutzung des herrschenden Grundstücks in demjenigen Zustand, in welchem sich dieses zur Zeit der Bestellung befindet, dienen soll, daß sie also z. B., wenn das herrschende Grundstück ein landwirtschaftliches oder forstwirtschaftliches ist, nur für die landwirtschaftliche oder forstwirt-

§. 1020. Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigenthümers des belasteten Grundstücks thunlichst zu schonen. Hält er zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, so hat er sie in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten, soweit das Interesse des Eigenthümers es erfordert.

---

schaftliche Benutzung ausgeübt werden darf, nicht aber auch für die Zwecke einer später auf dem herrschenden Grundstück errichteten Fabrik. In der zweiten Kommission wie in der RTK. waren Anträge gestellt, nach welchen das zur Zeit der Bestellung vorhandene Bedürfnis des herrschenden Grundstücks für den Inhalt und Umfang der Grunddienstbarkeit maßgebend sein sollte. Die Anträge sind mit Recht abgelehnt. Es handelt sich in dieser Beziehung lediglich um eine Frage der Auslegung des Bestellungsvertrags (Seuff. A. Bd. 55 Nr. 68). Diese läßt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles entscheiden. Das zur Zeit der Bestellung vorhandene Bedürfnis des herrschenden Grundstücks wird hierbei ein wichtiges Moment bilden, und man kann vielleicht davon ausgehen, daß die Absicht der Parteien im Zweifel nicht über dieses Bedürfnis hinausgeht. Dabei wird aber immer doch zu unterscheiden sein, ob, wenn später das Bedürfnis sich vergrößert, diese Vergrößerung die Folge eines nur intensiveren oder in sonstiger Weise veränderten wirtschaftlichen Betriebes derselben Art, wie solcher zur Zeit der Bestellung bestand, ist, ob also z. B. der zur Zeit der Bestellung bestehende landwirtschaftliche oder forstwirtschaftliche Betrieb nur in veränderter Art fortgesetzt wird oder ob ein wirtschaftlicher Betrieb anderer Art an die Stelle des bisherigen tritt, also z. B. an die Stelle des landwirtschaftlichen oder forstwirtschaftlichen Betriebes der Betrieb einer Fabrik tritt. Für den ersteren Fall wird man im Zweifel anzunehmen haben, daß die Grunddienstbarkeit auch für das vergrößerte Bedürfnis benutzt werden darf, während dies für den zweiten Fall zu verneinen sein wird (Seuff. A. Bd. 52 Nr. 75; Bd. 55 Nr. 68). Häufig werden übrigens in dieser Beziehung dispositive oder Auslegungsvorschriften der Landesgesetze über die einzelnen Grunddienstbarkeiten einen Anhaltspunkt geben. Werden nach der Begründung der Dienstbarkeit mit dem herrschenden Grundstück andere Grundstücke verbunden, so besteht zugunsten dieser die Dienstbarkeit nicht.

5. Eine Frage der Auslegung des Bestellungsvertrags ist es auch, **ob und welche andere Personen außer dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks zu der Ausübung der Dienstbarkeit berechtigt sind.** Immer muß freilich festgehalten werden, daß die Ausübung durch solche andere Personen nur zulässig ist, wenn sie zum Vorteile des herrschenden Grundstücks dient. Soweit dies der Fall ist, wird die Zulässigkeit der Ausübung durch andere Personen im Zweifel als gewollt anzusehen sein. Bei Wegegerechtigkeiten z. B. ergibt sich aus dem Zwecke derselben, daß sie nicht nur durch den Eigentümer, sondern auch von dessen Hausgenossen sowie von Personen, welche ihn oder seine Hausgenossen besuchen wollen, ausgeübt werden dürfen. In Ermangelung gegenteiliger Vereinbarung wird immer auch der Mieter oder Pächter des herrschenden Grundstücks die zu dessen Gunsten bestellten Grunddienstbarkeiten auszuüben befugt sein. In Zweifelsfällen wird man sich an dasjenige zu halten haben, was bei Grunddienstbarkeiten der betreffenden Art üblich ist.

6. **Auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten** findet der § 1019 keine Anwendung (EG. Art. 184).

§ 1020.

E. I § 970; II § 931 rev. § 1005; III § 1004. P. I S. 4386 ff., 4495 ff., 6226 ff.; M. III S. 483. P. II Bd. 3 S. 311 f.

1. Im Anschluß an den Grundsatz des bisherigen Rechtes, daß Dienstbarkeiten civiliter auszuüben sind, schreibt der § 1020 Satz 1 vor, daß der Berechtigte bei der Ausübung der Grunddienstbarkeit **das Interesse des Eigentümers tunlichst zu schonen hat.** Das Recht des Eigentümers steht dem des Grunddienstbarkeitsberechtigten nach; es soll aber geschont werden, soweit dies mit dem Rechte des Grunddienstbarkeitsberechtigten vereinbar ist. Ist eine verschiedene Art der Ausübung der Grunddienstbarkeit ohne Beeinträchtigung des Berechtigten möglich, so soll die für das Interesse des Eigentümers schonendste Art der Ausübung gewählt werden; überhaupt hat der Berechtigte alles zu vermeiden, was ohne Not das Interesse des Eigentümers verletzt. Nach RG. in Gruch. Bd. 45 S. 1019 wird z. B. eine Verletzung der auf den Eigentümer zu nehmenden Rücksicht darin gefunden, daß auf dem kraft einer Wegegerechtigkeit zustehenden Wege

von dem Berechtigten ein Anschlag gemacht wird, welcher den Weg als einen allgemein gestatteten erscheinen läßt. Überschreitet der Berechtigte die ihm durch Satz 1 gesetzte Grenze, so handelt er nicht mehr in Ausübung seines Rechtes. Er verletzt das Eigentum und der Eigentümer hat gegen ihn die negatoria nach Maßgabe des § 1004. Hat der Berechtigte bei der Überschreitung seines Rechtes vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt, so ist er dem Eigentümer nach § 823 zum Schadensersatze verpflichtet.

2. **Der Satz 2 des** § 1020 beruht auf demselben Gedanken wie der Satz 1, enthält aber insoweit eine Erweiterung, als er dem Berechtigten, falls dieser zur Ausübung der Dienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke hält, **die positive Verpflichtung auferlegt, die Anlage in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten,** soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert. Es wird hierdurch eine Legalobligation zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer begründet. Der letztere hat unter den angegebenen Voraussetzungen einen Anspruch gegen den Berechtigten auf ordnungsmäßige Unterhaltung der Anlage, und bei verschuldeter Nichterfüllung einen Anspruch auf Schadensersatz. Die Zwangsvollstreckung eines Urteils, durch welches der Berechtigte verurteilt ist, die Anlage in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten, erfolgt nach CPO. § 887. Der Anspruch auf ordnungsmäßige Unterhaltung geht gegen den jeweiligen Berechtigten ohne Rücksicht darauf, ob dieser oder ein früherer Berechtigter oder ein Dritter oder ein Zufall den mangelhaften Zustand der Anlage veranlaßt hat. Der Anspruch auf Schadensersatz geht nur gegen denjenigen Berechtigten, welcher den mangelhaften Zustand und den dadurch dem Eigentümer verursachten Schaden schuldhaft herbeigeführt hat. Die Verpflichtung des Berechtigten ist keine Reallast (vgl. § 1021 Abs. 2, § 1022 Satz 2; a. A. Windscheid-Kipp Bd. 1 § 211a Zusätze Nr. 6); sie ist eine kraft des Gesetzes aus der Dienstbarkeit entspringende Verpflichtung; sie braucht und kann daher nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Eine vertragsmäßige Änderung ist nach Maßgabe des § 1021 zulässig.

3. **Voraussetzung der unter Erl. 2 bezeichneten Verpflichtung ist:**

a) daß der Berechtigte zur Ausübung der Dienstbarkeit eine Anlage auf dem berechtigten Grundstücke hält. Die Anlage muß auf dem belasteten Grundstücke sein; eine auf dem herrschenden Grundstücke befindliche Anlage genügt nicht. Ragt eine solche aber auf das belastete Grundstück über, z. B. ein Balkon, so ist sie dadurch auch auf dem belasteten Grundstücke. Der Berechtigte muß die Anlage halten. Hierzu ist nicht erforderlich, daß sie im Eigentume des Berechtigten steht. Besteht die Dienstbarkeit z. B. in dem Rechte, einen Graben zur Ableitung von Wasser durch das belastete Grundstück zu ziehen, so ist der Berechtigte nicht Eigentümer dieses Grabens. Notwendig ist aber, daß der Berechtigte ein Recht auf den Bestand und die Erhaltung der Anlage hat. Nur unter dieser Voraussetzung kann man sagen, daß er sie hält. In dem obigen Beispielsfalle muß der Berechtigte das Recht haben, daß der Graben besteht. Beschränkte sich sein Recht darauf, in einen auf dem belasteten Grundstücke befindlichen Graben Wasser abzuleiten, ohne daß er ein Recht auf die Erhaltung des Grabens hätte, so würde man nicht sagen können, daß er den Graben halte; die Voraussetzung des § 1020 wäre also nicht gegeben (ebenso Biermann, Erl. 1b zu § 1020 und wie es scheint Cosack Bd. 2 S. 196 § 218; a. A. Fuchs, Grundbuchrecht, Erl. 1 zu §§ 1020—1022; Staudinger, Erl. 3b zu § 1020);

b) daß das Interesse des Eigentümers die ordnungsmäßige Instandhaltung fordert. Das Interesse des Eigentümers wird verletzt, wenn durch den mangelhaften Zustand der Anlage sein Grundstück beschädigt oder gefährdet wird, wenn z. B. durch die Undichtigkeit einer Wasserleitung Wasser in das Grundstück dringt oder von einem überhängenden Balkon Stücke auf das Grundstück fallen oder zu fallen drohen. Nicht in Betracht kommt ein etwaiges selbständiges Interesse des Eigentümers an der Erhaltung der Anlage. Auf diese hat er in Ermangelung besonderer Vereinbarung kein Recht (vgl. § 1021 Abs. 1 Satz 2 und Erl. dazu). In Betracht kommt nur sein Interesse an der ungestörten Benutzung seines Grundstücks. Genügen dürfte indessen schon, wenn durch den mangelhaften Zustand der Anlage das ästhetische Gefühl und dadurch die Annehmlichkeit der Benutzung des Grundstücks in unbilliger Weise verletzt wird.

4. **Zur Erläuterung des Sinnes des § 1020** mag noch hervorgehoben werden, daß ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag, nach welchem der Berechtigte verpflichtet sein sollte, im Zweifel alles zu vermeiden, was den wirtschaftlichen Bestand, die Erfüllung der wirtschaftlichen Bestimmung und eine ordnungsmäßige Bewirtschaftung des dienenden Grundstücks gefährde oder beeinträchtige, als zu weit gehend abgelehnt wurde. Man ging davon aus, daß soweit in dieser Beziehung bei Dienstbarkeiten, mit welchen landwirtschaftliche oder forstwirtschaftliche Grundstücke belastet sind, besondere Beschränkungen des Berechtigten sich als zweckmäßig darstellen

§. 1021. Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke, so kann bestimmt werden, daß der Eigenthümer dieses Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Steht dem Eigenthümer das Recht zur Mitbenutzung der Anlage zu, so kann bestimmt werden, daß der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigenthümers erforderlich ist.

Auf eine solche Unterhaltungspflicht finden die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung.

---

sollten, diese der Landesgesetzgebung überlassen bleiben könnten. Abgelehnt wurde auch ein Antrag, nach welchem dem Eigentümer verboten sein sollte, Änderungen an dem belasteten Grundstücke vorzunehmen, durch welche die Ausübung der Dienstbarkeit gehindert oder vereitelt werde. Es wurde angenommen, daß eine derartige Bestimmung richtig verstanden selbstverständlich sei, daß aber wenn sie ausdrücklich ausgesprochen werde, dadurch Anlaß zu Mißverständnissen und Schikane gegeben werde.

5. Der § 1020 gilt auch für die bei dem Inkrafttreten des BGB. bereits bestehenden Dienstbarkeiten (EG. Art. 184).

§ 1021.

E. I § 971 Abs. 1, 3; II § 932 rev. § 1006; III § 1005. P. I S. 4492 ff., 4889, 6253, 6257; M. III S. 483 f. P. II Bd. 3 S. 312 ff.

Der § 1021 bestimmt die Zulässigkeit von zwei Vereinbarungen über die Verpflichtung zur Unterhaltung einer zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit dienenden Anlage auf dem belasteten Grundstücke.

1. **Nach Abs. 1 Satz 1 kann vereinbart werden, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Anlage der gedachten Art zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert.** In Ermangelung einer solchen Vereinbarung ist es Sache des Berechtigten, ob er die Anlage unterhalten will oder nicht und nur, wenn er sie überhaupt halten will, ist er unter den im § 1020 bestimmten Voraussetzungen dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, sie in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten. Nach römischem Rechte konnte eine Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstücks, eine zur Ausübung der Dienstbarkeit dienende Anlage zu unterhalten, nur durch die servitus oneris ferendi begründet werden. Für diese legt der § 1022 dem Eigentümer die gesetzliche Unterhaltungspflicht auf. Für alle anderen Anlagen der fraglichen Art läßt der Abs. 1 Satz 1 die Begründung der Unterhaltungspflicht für den Eigentümer durch Vertrag zu und läßt damit eine Abweichung von dem Grundsatze zu, daß eine Dienstbarkeit nicht in faciendo bestehen kann. Durch eine Vereinbarung der fraglichen Art wird zugleich das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten auf Bestand und Erhaltung der Anlage auch für den Fall festgestellt, daß die Anlage nicht von ihm errichtet ist. Wird z. B. bei einer Dienstbarkeit, kraft deren der Berechtigte befugt ist, Wasser in einen auf dem belasteten Grundstücke befindlichen Graben abzuleiten, vereinbart, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks den Graben zu unterhalten habe, so wird hierdurch zugleich festgestellt, daß der Berechtigte ein Recht auf den Bestand des Grabens habe. Die Unterhaltungspflicht ist keine unbedingte, sondern kann nur insoweit vereinbart werden, als das Interesse des Berechtigten an der Ausübung der Dienstbarkeit es erfordert.

2. **Der Abs. 1 Satz 2** ist von der zweiten Kommission eingestellt. Nach dieser Vorschrift kann, **wenn dem Eigentümer des belasteten Grundstücks das Mitbenutzungsrecht an einer Anlage der fraglichen Art zusteht, bestimmt werden, daß der Berechtigte zur Unterhaltung der Anlage verpflichtet ist,** soweit es das Mitbenutzungsrecht des Eigentümers erfordert. In Ermangelung einer solchen Vereinbarung würde der Berechtigte nicht etwa auf Grund des § 1020 zu einer solchen Unterhaltung verpflichtet sein; denn der § 1020 legt dem Berechtigten die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Instandhaltung einer von ihm gehaltenen Anlage nur insoweit auf, als das Interesse des Eigentümers an der ungeschmälerten Benutzung seines Grundstücks es erfordert, nicht auch, soweit es durch sein Interesse an der Mitbenutzung der Anlage erfordert wird (s. Erl. 3 b zu § 1020). Auch dem Eigentümer des belasteten Grundstücks liegt in Ermangelung einer Vereinbarung der im Abs. 1 Satz 2 gedachten Art eine Verpflichtung zur Unterhaltung nicht ob. Es dürfte auch nicht zulässig sein, auf ein Verhältnis der fraglichen Art in Ermangelung einer Vereinbarung die Vorschriften über eine Gemeinschaft zur entsprechenden

Anwendung zu bringen und auf Grund des § 748 anzunehmen, daß der Eigentümer und der Berechtigte die Kosten der Unterhaltung zu gleichen Teilen zu tragen verpflichtet seien. Das hier vorliegende Verhältnis ist ein von der Gemeinschaft so verschiedenes, daß die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Gemeinschaft durchaus fehlen (ebenso wohl M. III S. 484 Nr. 4 a. A. **Biermann** Erl. a β zu § 1021 S. 136; **Fuchs**, Grundbuchrecht S. 292, 293 Erl. zu §§ 1020—1022 a b b). Es ist Sache jedes der beiden Beteiligten, die Anlage insoweit zu unterhalten, als sein Interesse es erfordert; eine Verpflichtung dazu gegenüber dem anderen Teile besteht nicht. Durch eine Vereinbarung der im Abs. 1 Satz 2 zugelassenen Art wird der hiernach eintretende allerdings wenig befriedigende Zustand beseitigt. Voraussetzung der Zulässigkeit ist das Mitbenutzungsrecht des Eigentümers. Ohne ein solches würde die Vereinbarung aus dem Rahmen einer die Dienstbarkeit betreffenden Bestimmung hinausfallen und nur etwa als obligatorische Verpflichtung oder als selbständige Reallast zulässig sein. Ebensowenig kann dem Berechtigten als Qualifikation der Dienstbarkeit eine über das aus dem Mitbenutzungsrechte des Eigentümers sich ergebende Interesse desselben hinausgehende Verpflichtung auferlegt werden. Endlich ist auch eine Vereinbarung, durch welche der Berechtigte verpflichtet würde, eine lediglich dem Interesse des Eigentümers dienende Anlage zu unterhalten, nur als obligatorische Verpflichtung oder als selbständige Reallast möglich.

3. Nach Abs. 2 finden auf eine Unterhaltungspflicht der im Abs. 1 bezeichneten Art **die Vorschriften über Reallasten entsprechende Anwendung.** Es fragt sich zunächst, ob hierdurch auch die Vorschriften über die Begründung einer Reallast für entsprechend anwendbar erklärt sind. **Biermann** (S. 136 Erl. zu § 1021 b) scheint dies anzunehmen, während es von **Fuchs** Erl. zu § 1021 Nr. 3) bestritten wird. Der Wortlaut des Abs. 2 läßt beide Auffassungen zu, dürfte aber doch mehr gegen als für die Anwendung der Vorschriften über die Begründung der Reallasten sprechen. Dagegen spricht auch die Vergleichung mit der analogen Vorschrift des § 914 Abs. 3, in welchem unter den für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften über die Reallasten unzweifelhaft die Vorschriften über die Begründung der Reallasten nicht mit begriffen sind. Nach einem in der zweiten Kommission gestellten Antrage sollten nur die §§ 1056, 1060 (jetzt §§ 1108, 1107) des E. I für anwendbar erklärt werden. Die Mehrheit zog die jetzige allgemeinere Fassung vor, weil sich nicht übersehen lasse, ob nicht auch andere Vorschriften über Reallasten in Betracht kommen könnten. Hätten die Vorschriften über Begründung der Reallast mit für anwendbar erklärt werden sollen, so würde dies doch sicher hervorgehoben worden sein. Entscheidend gegen die Anwendung der Vorschriften über die Begründung der Reallasten dürfte aber der Zusammenhang des Abs. 1 mit dem Abs. 2 sprechen. Der Abs. 1 enthält Vorschriften, nach welchen Bestimmungen zugelassen werden, durch welche eine Grunddienstbarkeit, zu deren Ausübung eine Anlage dient, in betreff der Verpflichtung zur Unterhaltung dieser Anlage eine besondere Qualifikation erhält. Auf diese nach Maßgabe des Abs. 1 begründete Unterhaltungspflicht sollen nach Abs. 2 die Vorschriften über Reallasten entsprechende Anwendung finden. Die Frage, in welcher Art die Begründung der Unterhaltungspflicht erfolgt, bestimmt sich also nach Abs. 1, nicht nach Abs. 2. Aus Abs. 1 ergibt sich nun, wie schon hervorgehoben, daß es sich um eine besondere Qualifikation einer Dienstbarkeit handelt. Der Inhalt des durch die Dienstbarkeit begründeten Rechtsverhältnisses soll durch die zugelassenen Bestimmungen eine Modifikation erfahren können. Hieraus folgt, daß jene Bestimmungen nur so getroffen werden können, wie überhaupt der Inhalt der Dienstbarkeit bestimmt werden kann, daß also Einigung der Beteiligten und Eintragung im Grundbuch erforderlich ist. Selbstverständlich können sich die Beteiligten auch auf die Begründung einer lediglich obligatorischen Verpflichtung in Betreff der Unterhaltungspflicht beschränken. Soll die darüber getroffene Bestimmung aber dinglich, also auch gegen die Sondernachfolger wirken, so bedarf sie ebenso wie die Begründung der Dienstbarkeit selbst der Eintragung im Grundbuche. Die Ansicht von **Fuchs**, daß es der Eintragung nicht bedürfe, führt zu einem den Grundgedanken des Grundbuchsystems nicht entsprechenden und praktisch höchst unbefriedigenden Ergebnis. In der Hauptsache, nämlich in betreff des Erfordernisses der Eintragung, gelangt die hier vertretene Auffassung also zu demselben Ergebnisse wie diejenige, nach welcher die Vorschriften über Begründung der Reallasten entsprechende Anwendung finden sollen. Ein Unterschied besteht aber insofern, als es sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht um eine selbständige Reallast, sondern lediglich um eine besondere Qualifikation der Grunddienstbarkeit handelt und daß also die Unterhaltungspflicht alle Schicksale der Dienstbarkeit teilt, mit derselben steht und fällt. Die Eintragung hat zu erfolgen auf dem Grundbuchblatte des belasteten Grundstücks. Zweifelhaft ist, ob, wenn nach Abs. 1

§. 1022. Besteht die Grunddienstbarkeit in dem Rechte, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten, so hat, wenn

---

Satz 2 die Unterhaltungspflicht dem Dienstbarkeitsberechtigten obliegt, die Eintragung nicht auch auf dem Grundbuchblatte des herrschenden Grundstücks eingetragen werden muß. Auf diesem ist ja regelmäßig die Dienstbarkeit als Bestandteil und damit auch deren besondere Qualifikation eingetragen, aber diese Eintragung ist nicht wesentlich für die Begründung der Dienstbarkeit. Sachlich handelt es sich in dem hervorgehobenen Falle um eine durch die Dienstbarkeit zugleich begründete Belastung des herrschenden Grundstücks, die nur das besondere hat, daß sie nur so lange besteht, wie die Dienstbarkeit selbst. Mit Rücksicht hierauf dürfte, um den Bestand der Unterhaltungspflicht auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des herrschenden Grundstücks zu sichern, die Eintragung der Unterhaltungspflicht auch auf dem herrschenden Grundstück als erforderlich zu erachten sein (a. A. Staudinger, Erl. 2b zu § 1021; vgl. auch Kretschmar, im Recht 1902 S. 574). Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks kann sich übrigens von der Unterhaltungspflicht, da sie nur eine Qualifikation der Dienstbarkeit ist, immer dadurch befreien, daß er auf die Dienstbarkeit verzichtet. In dem Falle des Abs. 1 Satz 1 kann sich auch der Eigentümer des belasteten Grundstücks, wenn die Anlage sich wie z. B. bei einem Überbau oder bei der servitus oneris ferendi auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt, von der Unterhaltungspflicht dadurch befreien, daß er den betreffenden Teil des Grundstücks als besonderes Grundstück im Grundbuch abschreiben läßt und dann das Eigentum an diesem Grundstücke nach § 928 aufgibt.

4. Auf Grund des Abs. 2 finden **folgende Vorschriften über Reallasten auf die Unterhaltungspflicht entsprechende Anwendung:**

a) Der § 1105. Hiernach kann die auf Grund der Unterhaltungspflicht zu bewirkende Leistung aus dem belasteten Grundstücke gefordert werden. Über die Bedeutung dieses Grundsatzes s. Erl. zu § 1105. In dem Falle des § 1021 Abs. 1 Satz 1 ist das mit der Dienstbarkeit belastete, in dem Falle des Abs. 1 Satz 2 das herrschende Grundstück das mit der Unterhaltungspflicht belastete Grundstück.

b) Der § 1107. Hiernach finden auf die einzelnen auf Grund der Unterhaltungspflicht zu bewirkenden Leistungen die Vorschriften über Hypothekenzinsen Anwendung (vgl. Erl. zu § 1107).

c) Der Eigentümer des mit der Unterhaltungspflicht belasteten Grundstücks, also im Falle des § 1021 Abs. 1 Satz 1 der Eigentümer des dienenden, im Falle des § 1021 Abs. 1 Satz 2 der Eigentümer des herrschenden Grundstücks haftet für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich, sofern nicht ein anderes bestimmt ist (s. Erl. zu § 1108). Zweifelhaft ist, mit welchem Zeitpunkte die kraft der Unterhaltungspflicht zu bewirkenden Leistungen als fällig zu betrachten sind. Nach der Natur und nach dem Zwecke der Unterhaltungspflicht dürfte der Zeitpunkt als maßgebend zu betrachten sein, in welchem Leistungen für die Unterhaltung notwendig werden (ebenso Biermann Erl. b zu § 1021; a. A. Kohler S. 215; Fuchs Erl. 4b § 1021). Wird das mit der Unterhaltungspflicht belastete Grundstück (s. oben) geteilt, so haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner (§ 1108 Abs. 2).

Der § 1106 (Belastung des Bruchteils eines Grundstücks) ist gegenstandslos; der § 1109 (Teilung des herrschenden Grundstücks) wird durch § 1025 (s. Erl. zu § 1025) ersetzt; der § 1110 (Untrennbarkeit der zugunsten des Eigentümers eines Grundstücks bestellten Reallast von dem Grundstück) ergibt sich für Grunddienstbarkeiten schon aus deren Begriffe; die §§ 1111, 1112 sind gegenstandslos.

5. **Die im EG. Art. 113—115 zugunsten der Landesgesetze gemachten Vorbehalte** finden auf die im § 1021 bestimmten Unterhaltungspflichten nach EG. Art. 116 keine Anwendung.

6. Die Vorschriften des § 1021 gelten auch für die bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten (EG. Art. 184; Rspr. Bd. 4 S. 293).

§ 1022.

E. I § 971 Abs. 2, 3; II § 933 rev. § 1007; III § 1006. P. I S. 4492 ff., 4889; M. III S. 488 f. P. II Bd. 3 S. 312 ff.

1. Der § 1022 Satz 1 verallgemeinert die römischrechtlichen Vorschriften über die **servitus oneris ferendi** dahin, daß, wenn die Grunddienstbarkeit in dem Rechte besteht, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten,

nicht ein Anderes bestimmt ist, der Eigenthümer des belasteten Grundstücks seine Anlage zu unterhalten, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Die Vorschrift des §. 1021 Abs. 2 gilt auch für diese Unterhaltungspflicht.

§. 1023. Beschränkt sich die jeweilige Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf einen Theil des belasteten Grundstücks, so kann der Eigenthümer die Verlegung der Ausübung auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle verlangen, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist; die Kosten der Verlegung hat er zu tragen und vorzuschießen. Dies gilt auch dann, wenn der Theil des Grundstücks, auf den sich die Ausübung beschränkt, durch Rechtsgeschäft bestimmt ist.

Das Recht auf die Verlegung kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.

---

der **Eigentümer des belasteten Grundstücks kraft Gesetzes verpflichtet ist**, seine Anlage zu erhalten, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. In Ermangelung einer solchen Vorschrift würde weder der Berechtigte noch der Eigentümer zur Unterhaltung der Anlage auf dem belasteten Grundstücke verpflichtet sein, der Berechtigte nicht, weil die ihm nach § 1019 obliegende Unterhaltungsverpflichtung hier nicht zutrifft, indem es sich nicht um eine Anlage handelt, die er auf dem belasteten Grundstücke hält, der Eigentümer nicht, weil er prinzipiell durch eine Dienstbarkeit nicht zu einem Tun verpflichtet wird. Die Vorschrift des § 1022 bezieht sich nicht nur auf Gebäude, sondern auf bauliche Anlagen aller Art, also z. B. auch auf Grenzmauern, Wasserleitungen rc. Vorausgesetzt wird aber immer eine durch menschliche Tätigkeit hergestellte Anlage. Die Vorschrift trifft also z. B. nicht zu, wenn die Dienstbarkeit dahin geht, auf einer natürlichen Erhöhung oder Vertiefung des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten.

Die Vorschrift des § 1022 ist nur dispositiver Natur (s. Erl. 2).

2. Die im Satz 1 bestimmte **Unterhaltungspflicht bildet eine gesetzliche Qualifikation einer Grunddienstbarkeit der hier fraglichen Art.** Sie bedarf daher der Eintragung im Grundbuche nicht. Wird die Unterhaltungspflicht aber durch Vereinbarung unter den Beteiligten beseitigt oder in irgend einer Art geändert oder begrenzt, so bedarf eine solche Vereinbarung, um dingliche Wirkung, insbesondere auch gegen die Sondernachfolger zu haben, der Eintragung im Grundbuche, denn es handelt sich in einem solchen Falle um eine Änderung des gesetzlichen Inhalts der Dienstbarkeit (s. Erl. 3 zu § 1021).

3. Nach Satz 2 finden auf die durch Satz 1 bestimmte Unterhaltungspflicht **die Vorschriften über Reallasten entsprechende Anwendung.** Dasselbe gilt, wenn die Unterhaltungspflicht durch eine im Grundbuch eingetragene Vereinbarung der Beteiligten näher bestimmt und begrenzt ist, von der hierdurch bestimmten Unterhaltungspflicht. In betreff der zur Anwendung kommenden Vorschriften über Reallasten gilt dasselbe wie im Falle des § 1021 (s. Erl. 4 zu § 1021).

4. Auf die durch den § 1022 bestimmte Unterhaltungspflicht finden **die Vorbehalte des EG. Art. 113—115** zugunsten der Landesgesetze nach EG. Art. 116 keine Anwendung.

5. Der § 1022 gilt auch für die bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten (EG. Art. 184).

§ 1023.

E. I § 972; II § 934 rev. § 1008; III § 1007. P. I S. 4472 ff., 6266, 6271; M. III S. 485 f. P. II Bd. 3 S. 314 ff.

Der § 1023 gibt eine positive, auf wirtschaftlichen durch das öffentliche Wohl gebotenen Rücksichten beruhende Vorschrift, durch welche dem Eigentümer des belasteten Grundstücks das Recht eingeräumt wird, unter bestimmten Voraussetzungen zu verlangen, daß die Ausübung der Dienstbarkeit auf eine bestimmte Stelle des belasteten Grundstücks verlegt werde. Die Verpflichtung des Berechtigten, bei der Ausübung der Dienstbarkeit das Interesse des Eigentümers tunlichst zu schonen, ist schon durch § 1020 bestimmt. Hier handelt es sich um eine darüber hinausgehende Verpflichtung des Berechtigten, unter gewissen Voraussetzungen die Ausübung in einer dem Inhalte der Dienstbarkeit an sich nicht entsprechenden Weise zu beschränken.

1. Die Vorschrift des § 1023 **findet nur Anwendung, wenn die jeweilige Ausübung der Grunddienstbarkeit sich auf einen Teil des belasteten Grundstücks beschränkt.** Vorausgesetzt wird also, daß das ganze Grundstück mit der Dienstbarkeit belastet ist. Ist nur der Teil des Grundstücks mit der Dienstbarkeit belastet, auf welchem die Ausübung erfolgt, und ist dieser Teil nur auf Grund der Vorschrift der GBO. § 6 Satz 2 von dem Grundstück im Grundbuche nicht abgeschrieben, so findet der § 1023 keine Anwendung.

2. Ist das ganze Grundstück mit der Dienstbarkeit belastet, so findet der § 1023 sowohl dann **Anwendung, wenn über den Ort, an welchem die Dienstbarkeit auszuüben ist, nichts bestimmt ist, als auch dann, wenn dieser Ort rechtsgeschäftlich bestimmt ist.** Der E. I § 972 beschränkte die Vorschrift auf den letztgedachten Fall. Die Ausdehnung auf den ersten Fall ist von der zweiten Kommission beschlossen. Vorausgesetzt wird hier also eine Dienstbarkeit, die ihrem Inhalte nach auf jedem Teile des belasteten Grundstücks ausgeübt werden kann, deren jedesmalige Ausübung sich aber nach der Natur der Sache auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt, z. B. eine Wege- oder Wasserleitungsgerechtigkeit. Zu einer das Interesse des Eigentümers tunlichst schonenden Ausübung der Dienstbarkeit ist der Berechtigte in einem solchen Falle schon nach § 1020 verpflichtet. Die ihm durch § 1023 auferlegte Verpflichtung geht hierüber insofern hinaus, als er dadurch verpflichtet wird, die Ausübung auf eine bestimmte Stelle des belasteten Grundstücks zu beschränken.

3. **Die Voraussetzungen,** unter welchen der Eigentümer des belasteten Grundstücks **die Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit auf eine andere Stelle,** d. h. also falls die Ausübung nach dem Inhalte der Dienstbarkeit an jeder Stelle zulässig war, auf eine bestimmte Stelle, falls sie rechtsgeschäftlich auf eine bestimmte Stelle fixiert war, auf eine andere als die hierdurch bestimmte Stelle verlangen kann, sind folgende:

a) Die Ausübung der Dienstbarkeit an der bisherigen Stelle muß für den Eigentümer des belasteten Grundstücks besonders beschwerlich sein. Nach E. I § 972 wurde verlangt, daß die besondere Beschwerlichkeit infolge einer nach der Bestellung der Dienstbarkeit erfolgten Veränderung der Umstände, also z. B. infolge der Errichtung eines Gebäudes auf dem belasteten Grundstück oder infolge einer veränderten Kultur des Grundstücks eingetreten sei. Von der zweiten Kommission ist diese Voraussetzung beseitigt. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann die Verlegung also auch dann verlangen, wenn sich schon bei der Bestellung der Dienstbarkeit ohne Rücksicht auf das Eintreten neuer Umstände voraussehen ließ, daß die Ausübung der Dienstbarkeit an jeder Stelle des Grundstücks oder an der rechtsgeschäftlich bestimmten Stelle besonders beschwerlich sein würde. Beschwerlich ist die Dienstbarkeit immer für den Eigentümer des belasteten Grundstücks. Ob eine besondere Beschwerlichkeit vorliegt, bestimmt sich danach, ob die Ausübung der Dienstbarkeit an jeder oder an der rechtsgeschäftlich bestimmten Stelle nach den Umständen des Falles und der Auffassung des Verkehrs für den Eigentümer des belasteten Grundstücks erheblich nachteiliger ist, als die Ausübung an derjenigen Stelle, auf welche er die Ausübung fixieren will.

b) Die Stelle, an welche die Ausübung der Dienstbarkeit verlegt werden soll, muß für den Berechtigten ebenso geeignet sein wie die bisherige Stelle. Ganz unerhebliche mit der Verlegung verbundene Unbequemlichkeiten dürften dabei nicht in Betracht kommen. Im übrigen wird jedes Interesse des Berechtigten zu berücksichtigen und die Verlegung als unzulässig zu betrachten sein, wenn ein solches Interesse durch die Verlegung verletzt wird. Insbesondere wird die Verlegung als unzulässig zu betrachten sein, wenn der Berechtigte durch die Verlegung genötigt werden würde, Änderungen des herrschenden Grundstücks vorzunehmen, wenn er z. B. um eine Wegegerechtigkeit an derjenigen Stelle auszuüben, auf welches sie verlegt werden soll, die sein Grundstück umgebende Mauer an einer anderen als der bisherigen Stelle durchbrechen müßte. Ebenso wird, wenn es sich um die Fixierung einer Dienstbarkeit, die der Berechtigte bisher an jeder Stelle des belasteten Grundstücks auszuüben befugt war, auf eine bestimmte Stelle handelt, diese Fixierung als unzulässig zu betrachten sein, wenn der Berechtigte ein Interesse dabei hat, die Dienstbarkeit je nach seinem Bedürfnis oder je nach den Jahreszeiten bald an der einen, bald an der anderen Stelle ausüben zu können.

4. Es fragt sich, **was unter der Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit an eine andere Stelle zu verstehen ist.** Man kann darunter lediglich die tatsächliche Ausübung an einer anderen Stelle verstehen. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks würde dann nur den Anspruch darauf haben, daß der Berechtigte die Dienstbarkeit fortan nicht mehr an der bisherigen, sondern an einer anderen Stelle ausübe. Tut der Berechtigte dies, so ist damit der Anspruch

des Eigentümers befriedigt. Weigert sich der Berechtigte, so geht die Klage des Eigentümers auf tatsächliche Unterlassung der Ausübung an der bisherigen Stelle. Das Urteil stellt nur diese Unterlassungspflicht fest und wirkt nur zwischen den Parteien, nicht für und gegen die Sondernachfolger. Diese Auffassung dürfte der Absicht und dem Zwecke des § 1023 nicht gerecht werden. Die Bestimmung der Stelle, an welcher eine Grunddienstbarkeit auszuüben ist, bildet einen Teil des Inhalts der Dienstbarkeit. Sie kann und muß daher, um dingliche Wirkungen zu haben, auch im Grundbuch eingetragen werden (Rspr. Bd. 8 S. 301). Der § 1023 will nun dem Eigentümer einen gesetzlichen Anspruch auf Änderung des Inhalts dieser Grunddienstbarkeit geben. In M. III 486 wird ausdrücklich hervorgehoben, daß der Anspruch des Eigentümers auf dingliche Rechtsänderung gehe, die durch Rechtsgeschäft und nötigenfalls durch Urteil erfolge. Die Klage ist daher auf Abschluß des dinglichen die Änderung des Inhalts der Dienstbarkeit bestimmenden Vertrags zu richten. Durch die rechtskräftige Verurteilung des Berechtigten wird die Vertragserklärung desselben nach CPO. § 894 ersetzt und der Eigentümer kann auf Grund des Urteils die Eintragung der Änderung im Grundbuche verlangen. Mit der Eintragung tritt dann die Änderung der Dienstbarkeit in Wirksamkeit. Fuchs Grundbuchrecht S. 295 Nr. 2a; Dernburg III § 166 I 2c; Staudinger Erl. 3 zu § 1023 halten die Eintragung der Stelle, an welcher die Grunddienstbarkeit auszuüben ist, im Grundbuche für unzulässig, indem sie annehmen, daß es sich dabei nicht um eine nähere Bestimmung der Dienstbarkeit handele. Dies ist aber unrichtig, denn die Befugnisse des Berechtigten und die Verpflichtungen des Eigentümers sind offenbar verschieden, je nachdem die Dienstbarkeit nur an der einen oder nur an der anderen Stelle ausgeübt werden darf. Wenn Fuchs sich ferner darauf beruft, daß der § 1023 unter den dort bezeichneten Voraussetzungen ja einen Anspruch auf Verlegung der Ausübung an eine andere Stelle einräume, und hieraus den Schluß zieht, daß die Bestimmung der Stelle der Ausübung nicht durch Vertrag und Eintragung fixiert werden könne, so dürfte auch dies nicht richtig sein; denn die rechtsgeschäftliche Bestimmung der Stelle der Ausübung verliert dadurch nicht den Charakter einer näheren Bestimmung des Inhalts der Dienstbarkeit, daß das Gesetz dem Eigentümer des belasteten Grundstücks unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch auf Änderung dieses Inhalts einräumt. Das bisher Gesagte gilt auch für den Fall, daß eine Stelle, an welcher die Dienstbarkeit auszuüben ist, bei der Begründung der Dienstbarkeit nicht bestimmt und daher anzunehmen ist, daß der Berechtigte unter Berücksichtigung des § 1020 die Dienstbarkeit an jeder Stelle ausüben darf. Verlangt der Eigentümer in einem solchen Falle die Beschränkung auf eine bestimmte Stelle, so verlangt er damit eine Änderung des Inhalts der Dienstbarkeit. Diese Änderung erfolgt wie in dem vorhin erörterten Falle durch dinglichen Vertrag und Eintragung im Grundbuche.

5. Ist die Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit auf Grund des § 1023 erfolgt, so **hindert dies den Eigentümer nicht, später noch wieder die Verlegung an eine andere Stelle zu verlangen,** wenn die Voraussetzungen des § 1023 vorliegen. Die auf Grund des § 1023 erfolgte Bestimmung der Stelle der Ausübung der Dienstbarkeit kann keine weitergehenden Wirkungen haben, als die bei Begründung der Dienstbarkeit erfolgte Bestimmung der Stelle. Dies muß auch gelten, wenn die Vertragserklärung des Berechtigten durch rechtskräftiges Urteil ersetzt ist. Gegen einen Mißbrauch des dem Eigentümer zustehenden Rechtes schützt dessen Verpflichtung zur Tragung der Kosten (s. Erl. 7).

6. Durch die Verlegung der Dienstbarkeit auf eine bestimmte oder auf eine andere als die ursprünglich bestimmte Stelle, wird **die Belastung des ganzen Grundstücks mit der Dienstbarkeit ebensowenig berührt** wie dadurch, daß schon bei der Begründung der Dienstbarkeit eine bestimmte Stelle für die Ausübung fixirt ist (s. Vorbm. 1 zu diesem Titel).

7. **Die Kosten der Verlegung** hat nach Satz 1 Halbsatz 2 der Eigentümer zu tragen und vorzuschießen. Nach dem E. I § 972 sollte der Eigentümer die Verlegung nur gegen Übernahme der Kosten zu fordern berechtigt sein. Es wurde also eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Eigentümers zur Übernahme der Kosten als Voraussetzung des Anspruchs auf Verlegung erfordert. Nach der jetzigen von der zweiten Kommission beschlossenen Fassung ist der Eigentümer, wenn die Verlegung auf sein Verlangen erfolgt, kraft des Gesetzes die Kosten zu tragen verpflichtet. Zu diesen Kosten gehören einerseits die Kosten der rechtsgeschäftlichen Änderung des Inhalts der Dienstbarkeit, insbesondere auch der Eintragung im Grundbuch (s. oben Erl. 4), andererseits die Kosten, welche die tatsächliche Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit an eine andere Stelle erfordert, also z. B. die Kosten der Verlegung einer Wasserleitung oder eines hergerichteten Fahrwegs an eine andere als die bisherige Stelle. Die behufs der Verlegung erforderlichen Änderungen vorzunehmen, ist Sache des Berechtigten. Die zu diesem Zwecke von ihm aufgewendeten Kosten

§. 1024. Trifft eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrecht an dem Grundstücke dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen.

---

kann er, soweit sie erforderlich waren, von dem Eigentümer ersetzt verlangen. Der Anspruch geht gegen denjenigen, welcher die Verlegung verlangt hat, nicht etwa wie die Unterhaltungsansprüche der §§ 1021, 1022 gegen jeden Eigentümer des belasteten Grundstücks. Der Berechtigte kann aber auch verlangen, daß der Eigentümer, welcher die Verlegung fordert, ihm die Kosten der Verlegung vorschießt. Bis dieses geschehen ist, kann er die Verlegung verweigern. Da die Kosten, welche die Verlegung fordert, sich im voraus häufig nicht genau werden feststellen lassen, so wird sich der Berechtigte mit dem Vorschuß des ungefähren Betrags begnügen müssen. Braucht er demnächst mehr, so kann er nachträglich den Ersatz dieses Mehr fordern; braucht er weniger, so hat er den Überschuß dem Eigentümer demnächst zu erstatten.

8. Die Vorschrift des § 1023 ist **zwingender Natur.** Der dadurch begründete Anspruch des Eigentümers auf Verlegung der Ausübung kann durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Der Grund dieser Vorschrift liegt in dem öffentlichen Interesse an der Verhinderung jeder unnötigen Beschränkung des Eigentümers in der wirtschaftlich zweckmäßigen Benutzung seines Eigentums.

9. Nur die Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit auf eine andere Stelle des belasteten Grundstücks kann von dem Eigentümer verlangt werden, **nicht die Verlegung auf ein anderes Grundstück** und dieses zwar auch dann nicht, wenn das andere Grundstück demselben Eigentümer gehört und das Interesse des Berechtigten durch die Verlegung nicht beeinträchtigt werden würde (RG. Bd. 50 S. 32). Ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag, dem Eigentümer das Recht einzuräumen, die Verlegung auch auf ein anderes Grundstück zu fordern, wurde abgelehnt (P. II Bd. 3 S. 314 ff.).

10. Nur die Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit an eine andere Stelle, **nicht die Änderung anderer zur Ausübung der Dienstbarkeit dienenden Einrichtungen** kann der Eigentümer von dem Berechtigten fordern. In betreff solcher Einrichtungen bewendet es bei der Vorschrift des § 1020. Nach dieser muß der Berechtigte auch derartige Einrichtungen in solcher Art machen, daß dadurch das Interesse des Eigentümers tunlichst geschont wird. Die Änderung einer rechtsgeschäftlich festgestellten Einrichtung kann der Eigentümer nicht verlangen (teilweise wie es scheint a. A. Kohler S. 233 ff.; Windscheid-Kipp Bd. 1 §§ 209 bis 211a Zusätze Nr. 7g).

11. **Der Berechtigte kann eine Änderung der rechtsgeschäftlich festgestellten Stelle der Ausübung der Dienstbarkeit nicht verlangen.** Zweifelhaft kann sein, ob er, wenn er zu der Verlegung durch Urteil verurteilt ist, und nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf Grund deren das Urteil erfolgte, Umstände eingetreten sind, welche die Verlegung an die durch das Urteil bestimmte Stelle als für ihn nicht ebenso geeignet wie die bisherige Stelle erscheinen lassen, eine Änderung des Urteils nach CPO. § 767 verlangen kann. Die Frage dürfte zu verneinen sein, weil es sich nicht um neu entstandene Einwendungen gegen das Urteil handelt, sondern eine Änderung des auf Grund des Urteils eingetretenen Rechtszustandes verlangt wird. Sowenig der Berechtigte eine Änderung der rechtsgeschäftlich festgestellten Stelle der Ausübung verlangen kann, ebensowenig kann er dies auch, wenn seine Einwilligung zu dem Rechtsgeschäfte durch Urteil ersetzt ist (s. oben Erl. 11; a. A. Windscheid-Kipp Bd. 1 §§ 209—211a Zusätze Nr. 7d).

12. Der § 1023 findet auch auf die bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (EG. Art. 184).

§ 1024.

E. I § 973; II § 935 rev. § 1009; III § 1003. P. I S. 4384 ff.; M. III S. 486 f. P. II Bd. 3 S. 321.

1. Das BGB. hat keine allgemeinen Vorschriften über die **Kollision von Rechten.** Für dingliche Rechte an Grundstücken entscheidet zunächst der Rang des Rechtes (§ 879). Können

zwei dingliche Rechte nebeneinander nicht vollständig ausgeübt werden, so muß das im Range nachstehende Recht insoweit zurückstehen, als dies durch die Ausübung des im Range vorgehenden Rechtes geboten wird. Der § 1024 gibt eine Vorschrift für den Fall, daß eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrechte zusammentrifft und die Rechte gleichen Rang haben. Ergänzt wird diese Vorschrift durch den § 1060, welcher eine dem § 1024 entsprechende Vorschrift für den Nießbrauch gibt und durch § 1090 Abs. 2, nach welchem der § 1024 auch für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gilt. Hiernach gilt die Kollisionsnorm des § 1024 für alle Arten von Dienstbarkeiten. Von sonstigen Nutzungsrechten kommt nach dem BGB. nur noch das Erbbaurecht in Betracht. Die Kollisionsnorm gilt aber auch für andere landesgesetzlich zugelassene dingliche Nutzungsrechte an Grundstücken. Eine Kollision von Dienstbarkeiten und sonstigen Nutzungsrechten mit Reallasten, Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden entscheidet das ZVG. (§§ 10 ff., 44 ff., 52, 91).

In der zweiten Kommission war ein Antrag gestellt, nach welchem hinter den Worten „sonstigen Nutzungsrechten" eingeschaltet werden sollten die Worte „des Eigentümers oder eines Dritten". Bezweckt wurde durch diesen Antrag, solche Fälle zu treffen, in welchen, wie bei der Mithut des deutschen Rechtes die Dienstbarkeit dem Eigentume nicht vorgeht, vielmehr beide gleichberechtigt sind. Der Antrag wurde als sachlich richtig anerkannt, aber abgelehnt, weil es sich um seltene Ausnahmefälle handele, deren gleiche Behandlung wie bei der Kollision von Dienstbarkeiten sich aus der Analogie ergebe. Dies wird als richtig anzuerkennen sein.

Eine Kollision von Forderungen mit Dienstbarkeiten oder dinglichen Nutzungsrechten ist nicht denkbar. Nur bei der Miete oder Pacht kann infolge der besonderen Behandlung, welche diese Verhältnisse im BGB. erfahren haben, eine Art von Kollision eintreten. Diesen Fall entscheidet der § 577.

2. Durch die Kollision von Rechten der hier fraglichen Art, die gleichen Rang haben, entsteht **ein ähnliches Verhältnis wie bei der Gemeinschaft von Rechten.** Wie bei dieser in Ermangelung einer Vereinbarung oder eines Mehrheitsbeschlusses jeder Teilhaber eine dem Interesse aller nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen kann, so kann hier jeder Berechtigte eine dem Interesse aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen. Die Regelung kann hier schwieriger sein als bei der Gemeinschaft, weil es sich bei dieser um gleichartige Rechte, hier aber möglicherweise um Rechte verschiedener Art handelt. Die Regelung wird regelmäßig dadurch zu erfolgen haben, daß die Ausübung eines jeden der verschiedenen Rechte örtlich oder zeitlich beschränkt wird. Nicht zulässig dürfte es sein, einen Grunddienstbarkeitsberechtigten gegen dessen Willen von der Ausübung der Dienstbarkeit gegen eine Abfindung in Geld völlig auszuschließen, während dies bei einem Nutzungsrechte zulässig sein dürfte, indem ja auch die Verwaltung und Benutzung eines gemeinschaftlichen Nutzungsrechts in der Art erfolgen kann, daß das Nutzungsrecht vermietet oder verpachtet wird (a. A. Biermann, Erl. zu § 1024).

3. Die Regelung nach Maßgabe der in Erl. 2 dargelegten Grundsätze **erfolgt durch Vertrag.** Können sich die Beteiligten nicht einigen, so kann jeder von ihnen die gerichtliche Entscheidung verlangen. Die Klage geht indessen ebenso wie im Falle des § 745 (s. Bd. II Erl. 2 zu § 745) nicht auf eine von Amtswegen vorzunehmende Regelung, sondern darauf, daß der Beklagte zu der von dem Kläger zu bezeichnenden Art der Regelung die Zustimmung erteile. Das Urteil ist kein konstitutives, sondern ein gewöhnliches Urteil, durch welches der Beklagte zu einer Leistung, nämlich der Zustimmungserklärung verurteilt wird. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Erklärung nach CPO. § 894 als erfolgt. Durch die Vereinbarung bezw. durch das Urteil erleiden die Rechte insofern eine Modifikation, als sie nicht mehr unbeschränkt, sondern nur noch nach Maßgabe der durch die Vereinbarung bezw. das Urteil erfolgten Regelung ausgeübt werden können. Hieraus folgt, daß die Regelung, um dingliche Wirkung zu haben, insbesondere um gegen die Sondernachfolger zu wirken, der Eintragung im Grundbuche bedarf (vgl. Erl. 4, 5 zu § 1023). Für das Erfordernis der Eintragung spricht auch die Analogie der für die Regelung der Verwaltung eines gemeinschaftlichen Grundstücks in dem § 1010 gegebenen Vorschrift. Daß in einem solchen Falle die Regelung als Belastung des betreffenden Anteils eingetragen werden muß, erklärt sich daraus, daß es sich dort um Miteigentum handelt. Hier wird die Eintragung in derselben Art zu erfolgen haben, wie wenn es sich um eine rechtsgeschäftliche Änderung des Inhalts des betreffenden Rechtes handelt (a. A. Fuchs Grundbuchrecht S. 296 Erl. 2 zu § 1024; Staudinger Erl. 3 zu § 1024).

§. 1025. Wird das Grundstück des Berechtigten getheilt, so besteht die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Theile fort; die Ausübung ist jedoch im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird. Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Theile zum Vortheile, so erlischt sie für die übrigen Theile.

Durch die Regelung wird übrigens die Belastung des Grundstücks mit dem ganzen ursprünglichen Rechte nicht berührt. Hieraus folgt, abgesehen von den sich daraus bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ergebenden Folgen (s. Erl. 6 zu § 1023), daß wenn die Dienstbarkeit oder das sonstige Nutzungsrecht, dem gegenüber die Regelung erfolgte, wegfällt, das verbleibende Recht ipso jure wieder in seinem vollen ursprünglichen Umfang ausgeübt werden darf. Das Verhältnis ist ein ähnliches wie bei dem Eigentume, wenn ein dieses beschränkendes dingliches Recht wegfällt.

4. Der durch § 1024 gegebene **Anspruch unterliegt nicht der Verjährung.** Es ergibt sich dies, wie in der zweiten Kommission anerkannt wurde (P. II Bd. 3 S. 321) daraus, daß es sich um einen Anspruch aus einem eingetragenen Rechte handelt und solche Ansprüche nach § 902 der Verjährung nicht unterliegen. Vielleicht ließe sich die Unverjährbarkeit auch schon daraus ableiten, daß der Anspruch in jedem Augenblicke von neuem entsteht.

5. Der § 1024 findet auch auf die bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (EG. Art. 184).

§ 1025.

E. I § 976; II § 936 rev. § 1010; III § 1009. P. I S. 4485 f.; M. III S. 487 ff. P. II Bd. 3 S. 317 f.

1. Aus dem Grundsatze der Unteilbarkeit der Grunddienstbarkeit ergibt sich, daß **durch die Teilung des herrschenden Grundstücks eine Änderung in dem Bestand und Inhalte der Grunddienstbarkeit nicht eintritt.** Dies gilt sowohl dann, wenn die Teilung ohne einen Wechsel im Eigentume lediglich dadurch erfolgt, daß Teile des herrschenden Grundstücks von demselben im Grundbuch abgeschrieben werden und ein selbständiges Grundbuchblatt erhalten, als auch dann, wenn mit einer solchen Abschreibung ein Wechsel des Eigentums in betreff der einzelnen Teile verbunden ist. In dem letztgedachten Falle kann jeder Eigentümer eines Teiles des herrschenden Grundstücks die ganze Grunddienstbarkeit ausüben. Jeder von ihnen kann also, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks auf Grund der Dienstbarkeit eine Handlung auf dem belasteten Grundstücke nicht vornehmen oder ein sich aus dem Eigentum ergebendes Recht nicht ausüben darf, die Unterlassung der Handlung oder der Ausübung des Rechtes fordern. Zweifel können entstehen, wenn durch die Grunddienstbarkeit das Recht begründet wird, das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen und durch die Teilung, das für den Umfang der Benutzung nach § 1019 maßgebende Bedürfnis des herrschenden Grundstücks vermehrt wird. Die Entscheidung der Frage, ob die mehreren Eigentümer der einzelnen Teile des herrschenden Grundstücks bei der Ausübung der Dienstbarkeit lediglich durch das Bedürfnis ihres Teilgrundstücks ohne Rücksicht darauf beschränkt sind, ob die Bedürfnisse der einzelnen Teilgrundstücke zusammen das Bedürfnis des früheren einheitlichen Grundstücks übersteigen oder nicht, hängt davon ab, in welchem Umfange die Dienstbarkeit bestellt ist. In den Erl. 3—5 zu § 1019 ist dargelegt, daß die Dienstbarkeit nicht nur zur Befriedigung eines zur Zeit der Bestellung vorhandenen Bedürfnisses des herrschenden Grundstücks, sondern auch zur Befriedigung eines durch Veränderung der Umstände später entstehenden Bedürfnisses bestellt werden könne, daß es aber eine Frage der Auslegung des Bestellungsvertrags sei, ob die Dienstbarkeit in dem letztgedachten unbeschränkten Umfang oder nur in dem erstgedachten beschränkten Umfange bestehen solle. Für die Entscheidung dieser Frage gibt nun der Halbsatz 2 des § 1025 eine *Auslegungsregel dahin*, daß im Falle der Teilung des herrschenden Grundstücks die Ausübung der Dienstbarkeit *nur in der Art geschehen darf, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird*, daß also die Dienstbarkeit die durch die Teilung eingetretene Vermehrung des Bedürfnisses nicht mit umfaßt. Nur um eine Auslegungsregel handelt es sich aber. Zulässig bleibt die Bestellung der Dienstbarkeit auch in dem Umfange, daß sie die durch eine Teilung eintretende Vermehrung des Bedürfnisses mit umfaßt.

Ist anzunehmen, daß die Dienstbarkeit die durch die Teilung eintretende Vermehrung des Bedürfnisses nicht mit umfaßt, so fragt es sich, wie das Verhältnis sich gestaltet, wenn das

Eigentum der einzelnen Teile des Grundstücks verschiedenen Personen zusteht. Im Verhältnis untereinander stehen diese Personen in Beziehung auf die Dienstbarkeit in einem Gemeinschaftsverhältnis. Unter ihnen ist daher nach Maßgabe des § 745 darüber Bestimmung zu treffen, in welcher Art die gemeinschaftliche Dienstbarkeit in dem durch das ursprüngliche Bedürfnis bestimmten Umfang auszuüben ist. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks muß sich jede innerhalb der gedachten Grenzen liegende Ausübung von seiten eines jeden der verschiedenen Eigentümer gefallen lassen. Er kann nicht etwa eine Teilung der Ausübung unter den mehreren Eigentümern, sei es zu gleichen, sei es zu verhältnismäßigen Anteilen fordern. Sobald aber die Ausübung von seiten eines der mehreren Eigentümer unter Berücksichtigung der bereits von den anderen Eigentümern erfolgten Ausübung das bestimmte Maß überschreitet, steht ihm hiergegen die negatoria zu. Handelt es sich z. B. um eine Weidegerechtigkeit und durfte unter Zugrundelegung des Bedürfnisses des ursprünglich herrschenden Grundstücks das auf das belastete Grundstück aufzutreibende Vieh die Zahl von zwanzig nicht übersteigen, so muß der Eigentümer des belasteten Grundstücks nach der Teilung den Auftrieb von zwanzig Stück Vieh dulden, mag dieser von dem einen oder von dem anderen der nunmehrigen mehreren Eigentümer erfolgen; er hat aber gegen denjenigen von ihnen die negatoria, welcher zuerst die Zahl von zwanzig überschreitet. Geschähe dies von mehreren zugleich, so würde die Klage gegen diese sämtlich begründet sein (a. A. Staudinger Erl. 1b zu § 1025; Dernburg III § 167 II, die nach Verhältnis der Größe der Teile die Berechtigung unter den Eigentümern der Teile verteilen wollen).

2. Die in Erl. 1 dargelegte Regel erleidet nach § 1025 Satz 2 **eine Ausnahme, wenn die Dienstbarkeit nur einem der Teile, in welchen das herrschende Grundstück zerlegt ist, zum Vorteile gereicht.** Die Dienstbarkeit bleibt dann nur für diesen Teil bestehen und erlischt für die übrigen Teile. So bleibt z. B. bei einer Überbaudienstbarkeit diese nur bestehen für denjenigen Teil, zu welchem das übergebaute Gebäude gehört, eine servitus oneris ferendi nur für denjenigen Teil, zu welchem die bauliche Anlage gehört, welche auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks gehalten werden darf; eine Dienstbarkeit, welche auf Beziehung von Bauholz für ein bestimmtes Gebäude aus dem belasteten Grundstücke geht, nur für den Teil, auf welchem das Gebäude steht. Das Erlöschen der Dienstbarkeit auf den übrigen Teilen des herrschenden Grundstücks tritt ipso jure mit der Teilung d. h. mit der Vollziehung der Abschreibung im Grundbuch ein. Die Dienstbarkeit wird auf den Grundbuchblättern dieser Grundstücke nicht mehr vermerkt; falls es doch geschehen sein sollte, so kann die Berichtigung des Grundbuchs von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks verlangt werden.

3. Die Vorschriften des § 1025 finden auch auf die dem Berechtigten in den Fällen des § 1021 Abs. 1 Satz 1 und des § 1022 zustehenden **Ansprüche auf Unterhaltung einer auf dem belasteten Grundstücke befindlichen Anlage gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks Anwendung.** Jeder Eigentümer eines der mehreren Teile, in die das herrschende Grundstück zerlegt ist, kann daher, da die Unterhaltung der Anlage eine unteilbare Leistung ist, durch deren Bewirkung die Leistung an alle Berechtigte erfolgt (s. Bd. II Erl. 1 zu § 432) die Unterhaltung von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks fordern, sofern nicht die Dienstbarkeit lediglich zum Vorteil eines der mehreren Teile gereicht. In dem letzteren Falle steht nur dem Eigentümer dieses Teiles das Recht zu, die Unterhaltung zu fordern. Auf die Unterhaltungspflicht sollen zwar nach § 1021 Abs. 2 und nach § 1022 Satz 2 die Vorschriften über Reallasten Anwendung finden. Es könnte sich daher fragen, ob auf sie nicht statt des § 1025 der § 1109 anzuwenden wäre. Dies ist indessen zu verneinen, da die Unterhaltungspflicht, wie in den Erl. zu § 1021 dargelegt ist, eine mit der betreffenden Dienstbarkeit untrennbar verbundene Qualifikation derselben ist (a. A. Biermann Erl. zu § 1025, der den § 1109 Abs. 1 für anwendbar hält). Die Vorschriften des § 1109 Abs. 1, 3 stimmen übrigens sachlich, soweit es sich um unteilbare Leistungen handelt, mit den Vorschriften des § 1025 überein. Der Abs. 2 des § 1109, nach welchem dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Bestimmung darüber zusteht, mit welchem Teile die Reallast verbunden sein soll, findet aus dem angeführten Grunde hier keine Anwendung.

Dieselben Grundsätze müssen Anwendung finden, wenn in dem Falle des § 1021 Abs. 1 Satz 2, also in dem Falle, daß der Dienstbarkeitsberechtigte dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüber zur Unterhaltung einer auf diesem befindlichen Anlage verpflichtet ist, das belastete Grundstück geteilt wird. Jeder Eigentümer der mehreren Teile kann also von dem Berechtigten die Unterhaltung fordern, sofern die Anlage nicht lediglich einem Teile des belasteten

§. 1026. Wird das belastete Grundstück getheilt, so werden, wenn die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Theil des belasteten Grundstücks beschränkt ist, die Theile, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei.

Grundstücks zum Vorteile gereicht. In dem letzteren Falle steht nur dem Eigentümer dieses Teiles das Recht zu, die Unterhaltung zu fordern.

4. Der § 1025 findet auch auf die bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (EG. Art. 184).

§ 1026.

E. I § 975; II § 937 rev. § 1011; III § 1010. P. I S. 4481 ff., 4502 f.; M. III S. 487 ff. P. II Bd. 3 S. 317.

1. **Wird das belastete Grundstück geteilt,** d. h. werden daraus durch Abschreibung im Grundbuche mehrere selbständige Grundstücke gebildet, **so bleibt die Dienstbarkeit an allen Teilen bestehen.** Im E. I § 975 war dies ausdrücklich ausgesprochen. Die zweite Kommission hat diese Bestimmung gestrichen, aber nur, weil sie sich aus dem Prinzipe der Unteilbarkeit der Grunddienstbarkeit von selbst ergebe. Beibehalten ist nur der Abs. 2 des E. I § 975, welcher eine Ausnahme von jener Regel bestimmt. Ist die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks beschränkt, so werden im Falle der Teilung diejenigen Teile von der Dienstbarkeit frei, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen. Diese Vorschrift findet Anwendung sowohl dann, wenn die Beschränkung der Ausübung der Dienstbarkeit sich wie bei der servitus oneris ferendi aus deren Inhalte von selbst ergibt, als auch, wenn die Beschränkung rechtsgeschäftlich bei der Bestellung der Dienstbarkeit bestimmt war, als endlich auch dann, wenn die Beschränkung erst später auf Grund des § 1023 eingetreten ist. Nicht durch die Vorschrift getroffen werden solche Fälle, in welchen die jeweilige Ausübung der Dienstbarkeit, wie z. B. bei einer Wegegerechtigkeit sich auf einen Teil des Grundstücks beschränkt, der Berechtigte aber die Dienstbarkeit auf jedem Teile auszuüben befugt ist. Frei von der Dienstbarkeit werden nur diejenigen Teile, von denen kein Teil in den Bereich der Ausübung fällt. Fällt in diesen Bereich auch nur der kleinste Teil eines Teiles, so bleibt der ganze Teil der Dienstbarkeit unterworfen. Die Befreiung der Teile, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung der Dienstbarkeit liegen, tritt ipso jure ein, und das Grundbuch ist demgemäß ohne daß es der Bewilligung des Berechtigten bedarf, nach Maßgabe der GBO. § 22 zu berichtigen (RG. Bd. 24 S. A 118).

Durch die Vorschrift des § 1026 wird der Berechtigte insofern benachteiligt, als er, wenn die Teile, in welche das belastete Grundstück zerlegt ist, zur Zwangsversteigerung kommen und die Dienstbarkeit nach den Vorschriften des ZVG. nicht in das geringste Gebot fällt und deshalb erlischt, den Ersatz nicht aus dem Erlöse derjenigen Teile verlangen kann, welche von der Dienstbarkeit befreit sind, sondern nur aus dem Erlöse desjenigen Teiles, welcher mit der Dienstbarkeit belastet geblieben ist, während er ohne die Teilung den Ersatz aus dem Erlöse des ganzen ursprünglichen Grundstücks hätte beanspruchen können. Über das sich hieraus ergebende Bedenken hat man sich wegsetzen zu können geglaubt, weil die Dienstbarkeit nicht dazu bestimmt sei, dem Berechtigten auch im Falle der Zwangsversteigerung Sicherheit für seinen Ersatzanspruch zu geben und hierin eine aus der Natur der Dienstbarkeit sich ergebende Schwäche derselben liege.

2. Die Vorschrift des § 1026 findet in den Fällen des § 1021 Abs. 1 Satz 1 und des § 1022 Satz 1 **auch auf die dem Eigentümer des belasteten Grundstücks obliegende Verpflichtung zur Unterhaltung einer auf seinem Grundstücke befindlichen Anlage Anwendung.** Befindet sich die Anlage nur auf einem derjenigen Teile, in welche das belastete Grundstück zerlegt ist, so liegt die Unterhaltungspflicht nur dem Eigentümer dieses Teiles ob. Die für die Unterhaltungspflicht im § 1021 Abs. 2, § 1022 bestimmte Anwendung der Vorschriften über Reallasten würde zwar zu einem anderen Ergebnisse führen, weil die Reallast im Falle einer Teilung des belasteten Grundstücks immer auf allen Teilen desselben haften bleibt. Die Anwendung dieser Vorschriften ist hier aber wegen der untrennbaren Verbindung der Unterhaltungspflicht mit der Dienstbarkeit ebenso ausgeschlossen, wie in den Fällen des § 1025 (s. Erl. 3 zu § 1025). Der Berechtigte erleidet also auch in dieser Beziehung durch Teilung einen Nachteil, welcher sich als die Folge der natürlichen Schwäche einer Dienstbarkeit darstellt, deren Ausübung auf einen bestimmten Teil beschränkt ist.

§. 1027. **Wird eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt, so stehen dem Berechtigten die im §. 1004 bestimmten Rechte zu.**

Die Vorschrift des § 1026 wird entsprechende Anwendung finden müssen in solchen Fällen, in welchen nach § 1021 Abs. 1 Satz 2 dem Berechtigten die Verpflichtung zur Unterhaltung einer auf dem belasteten Grundstücke befindlichen Anlage obliegt. Wird in einem solchen Falle das herrschende Grundstück geteilt und erlischt nach § 1025 Satz 2 die Dienstbarkeit für einzelne Teile, so erlischt für diese Teile auch die Unterhaltungspflicht. Sie bleibt nur bestehen für den Eigentümer desjenigen Teiles, zu dessen Gunsten die Dienstbarkeit bestehen bleibt.

Wird sowohl das herrschende wie das dienende Grundstück geteilt, so sind sowohl die Vorschriften des § 1025 wie die des § 1026 anzuwenden. Das Ergebnis dieser Kombination bietet keine Schwierigkeit.

3. Der § 1026 findet auch auf die bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeit Anwendung (EG. Art. 184).

§ 1027.

E. I § 978; II § 938 rev. § 1012; III § 1011. P. I S. 4429ff.; M. III S. 489. P. II Bd. 3 S. 327.

1. Die im § 1027 vorgeschriebene **entsprechende Anwendung des § 1004** führt dahin, daß der Berechtigte wegen jeder Beeinträchtigung seines Rechtes auf Beseitigung der Beeinträchtigung und, falls weitere Störungen zu besorgen sind, auch auf Unterlassung klagen kann. Die Klage geht gegen den Störer, mag dieser der Eigentümer des belasteten Grundstücks oder ein Dritter sein. Die Klage ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte zur Duldung der Störung verpflichtet ist. Sie ist also z. B. dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüber ausgeschlossen, wenn der Berechtigte diesem eine die Ausübung der Dienstbarkeit hindernde Anlage gestattet hat und der Eigentümer eine solche Anlage gemacht hat. Auf die Klage gegen den Störer findet der § 77 der CPO. Anwendung. Neben dem Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung bzw. auf Unterlassung weiterer Störungen steht dem Berechtigten, wenn die Voraussetzungen des § 823 vorliegen, gegen den Störer der Anspruch auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung zu. Über die Voraussetzungen einer Klage auf Feststellung des Bestehens einer Grunddienstbarkeit s. CPO. § 256; vgl. im übrigen Erl. zu § 1004.

Einen der vindicatio entsprechenden Anspruch hat der Berechtigte auch dann nicht, wenn er nach dem Inhalte der Dienstbarkeit zu dem Besitz eines Teiles des belasteten Grundstücks berechtigt ist, wie dies z. B. bei einem Überbaue der Fall sein kann. Er hat daher, wenn ihm der Eigentümer des belasteten Grundstücks oder ein Dritter den Besitz, auf welchen er ein Recht hat, entzieht, oder vorenthält, nicht den Anspruch auf Herausgabe nach Maßgabe der Vorschriften über den Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache. Insbesondere finden die Vorschriften über Herausgabe und Erstattung der Nutzungen, über Schadensersatz sowie über Verwendungen, welche für den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe gelten, keine Anwendung. Der Anspruch des Berechtigten beschränkt sich auf Beseitigung der Beeinträchtigung, und dieser führt dann allerdings ebenfalls zur Wiedereinräumung des Besitzes aber ohne die oben hervorgehobenen mit der vindicatio verbundenen Nebenansprüche. An deren Stelle tritt lediglich der Anspruch auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung, soweit die Voraussetzungen desselben vorliegen. Wegen Verwendungen kann nur etwa nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag oder auf Grund eines besonderen Rechtstitels Ersatz verlangt werden.

2. **Steht das herrschende Grundstück im Miteigentume mehrerer,** so hat jeder Miteigentümer den Anspruch auf Beseitigung der Störung bzw. auf Unterlassung fernerer Störungen. Das gleiche gilt, wenn das herrschende Grundstück geteilt ist, zugunsten des Eigentümers eines jeden Teiles, sofern nicht die Dienstbarkeit nach § 1025 Satz 2 für diesen Teil erloschen ist. Ein Nießbraucher des herrschenden Grundstücks hat, da ihm die Nutzung der Dienstbarkeit als eines Bestandteils des Grundstücks zusteht, den inhaltlich gleichen Anspruch kraft seines dinglichen Nießbrauchrechts (§ 1065). Die Ansicht von **Dernburg III § 174 II, 1, III a,** nach der die im § 1027 bestimmten Rechte jedem zustehen, dem die Servitutenfeststellungsklage zusteht und der zu dieser Klage auch den redlichen Eigenbesitzer, den Pächter und Mieter für berechtigt hält, dürfte sich nach dem BGB. nicht rechtfertigen lassen.

3. **Ist die Grunddienstbarkeit im Grundbuche nicht oder nicht richtig eingetragen,** so hat der Berechtigte den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 894. Nach EG. Art. 187 kann die Eintragung einer bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeit auch

§. 1028. Ist auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, durch welche die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird, errichtet worden, so unterliegt der Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung der Beeinträchtigung der Verjährung, auch wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist. Mit der Verjährung des Anspruchs erlischt die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht.

Die Vorschriften des §. 892 finden keine Anwendung.

---

dann verlangt werden, wenn die Dienstbarkeit zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedarf.

4. Der § 1027 gilt auch für die bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Dienstbarkeiten (EG. Art. 184).

§ 1028.

P. II Bd. 3 S. 321 ff. RB. S. 2002 f. StB. S. 2788.

1. Über die Gründe, aus welchen Grunddienstbarkeiten erlöschen im allgemeinen, s. Vorbm. 6 zu diesem Titel. Über das Erlöschen einer im Grundbuche mit Unrecht gelöschten Dienstbarkeit durch Verjährung des Anspruchs aus der Dienstbarkeit s. Erl. zu § 901. Der § 1028 bestimmt unter gewissen Voraussetzungen **das Erlöschen einer Grunddienstbarkeit durch Verjährung des Anspruchs aus der Dienstbarkeit** noch für einen anderen als für den im § 901 bezeichneten Fall. Die Aufnahme einer dem Inhalte des § 1028 entsprechenden Vorschrift war bereits in der zweiten Kommission beantragt; der Antrag wurde aber abgelehnt. In der RTK. wurde der Antrag wiederholt und angenommen. Die Annahme beruht auf der Erwägung, daß Grunddienstbarkeiten, deren Beeinträchtigung durch eine auf dem belasteten Grundstücke gemachte Anlage von dem Berechtigten während eines Zeitraums von dreißig Jahren geduldet wird, für den Berechtigten regelmäßig ohne Wert sind, und daß es nicht nur im Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks, sondern auch im öffentlichen Interesse liegt, daß der Eigentümer durch das Bestehenbleiben solcher wertloser Dienstbarkeiten nicht in der freien wirtschaftlichen Benutzung seines Grundstücks behindert wird.

2. Die Vorschrift des Satz 1 geht dahin, daß, wenn auf dem belasteten Grundstück eine Anlage gemacht ist, durch welche die Dienstbarkeit beeinträchtigt wird, **der Anspruch auf Beseitigung dieser Beeinträchtigung, auch wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, der Verjährung unterliegt.** Es kommt nicht darauf an, von wem die Anlage errichtet ist, ob von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks oder von einem Dritten. Die Anlage muß aber auf dem belasteten Grundstücke selbst errichtet sein, und die Dienstbarkeit muß durch sie beeinträchtigt werden. Nicht erforderlich ist, daß die Ausübung der Dienstbarkeit durch die Anlage unmöglich wird. Es genügt jede Beeinträchtigung; bei einer Wegegerechtigkeit z. B., auf Grund deren der Berechtigte über alle Teile des belasteten Grundstücks gehen oder fahren durfte, genügt, wenn durch die Aufführung eines Gebäudes die Ausübung der Dienstbarkeit an der Stelle ausgeschlossen wird, auf welcher das Gebäude errichtet ist. Nicht genügend ist, daß eine zur Ausübung der Dienstbarkeit dienende Anlage, z. B. eine Wasserleitung in Verfall gerät; es ist vielmehr die Errichtung einer neuen selbständigen Anlage, durch welche die Ausübung beeinträchtigt wird, erforderlich.

Die Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung der Anlage bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 194 ff. Insbesondere also finden die Vorschriften über die dreißigjährige Verjährungsfrist sowie über die Unterbrechung und Hemmung der Verjährung Anwendung. Die Verjährung wird dadurch nicht gehindert, daß ein Wechsel in der Person des Eigentümers des herrschenden Grundstücks eintritt, weil der Anspruch auch in diesem Falle derselbe bleibt. Ohne Einfluß ist ebenso ein Wechsel in der Person des Eigentümers des belasteten Grundstücks, da im Falle der Rechtsnachfolge, die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit nach § 221 auch dem Rechtsnachfolger zustatten kommt. Über den Fall eines Wechsels im Besitze des belasteten Grundstücks s. Erl. zu § 221.

Die Vorschrift des § 1028 Satz 1 enthält, wenn die Grunddienstbarkeit eingetragen ist, eine Ausnahme von der Vorschrift des § 902, nach welcher Ansprüche aus eingetragenen Rechten der Verjährung nicht unterliegen.

§. 1029. Wird der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigenthümer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist.

---

3. Durch die Verjährung des dinglichen Anspruchs erlischt nach allgemeinen Grundsätzen das dingliche Recht, auf welches der Anspruch sich gründet, nicht. Hiervon macht der Satz 2 eine Ausnahme. **Mit der Vollendung der Verjährung** des Anspruchs auf Beseitigung der durch die Anlage herbeigeführten Beeinträchtigung der Dienstbarkeit **erlischt die Dienstbarkeit selbst**, soweit die Beeinträchtigung reicht. Wurde durch die Anlage die Ausübung der Dienstbarkeit vollständig gehindert, so erlischt die Dienstbarkeit vollständig. Wurde die Ausübung der Dienstbarkeit durch die Anlage nur beschränkt, wie z. B. in dem in Erl. 2 angeführten Falle der Errichtung eines Gebäudes, so bleibt die Dienstbarkeit, soweit sie trotz der Anlage noch ausgeübt werden konnte, noch bestehen und erlischt nur insoweit, als ihre Ausübung durch die Anlage beeinträchtigt wurde. Das Erlöschen bezw. die Beschränkung der Dienstbarkeit tritt mit der Vollendung der Verjährung ipso jure ein. Der Berechtigte kann in beiden Fällen die Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 verlangen, in dem ersteren Falle die vollständige Löschung, in dem zweiten Falle die Beschränkung auf denjenigen Umfang, in welchem die Dienstbarkeit bestehen geblieben ist.

4. **Durch den Abs. 2 wird die Anwendung des § 892 ausgeschlossen.** Dies bedeutet, daß derjenige, welcher durch Rechtsgeschäft das herrschende Grundstück erwirbt, sich nicht darauf verlassen kann, daß eine auf dem dienenden Grundstücke zugunsten des herrschenden Grundstücks eingetragene Grunddienstbarkeit nicht nach Maßgabe des § 1028 erloschen sei. Er muß dieses Erlöschen, auch wenn es ihm nicht bekannt war, gegen sich gelten lassen, obwohl die Grunddienstbarkeit nicht gelöscht ist. Der Erwerber des herrschenden Grundstücks würde sich freilich überhaupt nicht deshalb auf das Bestehen der Grunddienstbarkeit verlassen können, weil sie auf dem Grundbuchblatte des herrschenden Grundstücks als Bestandteil desselben eingetragen ist (GBO. § 8). Er würde sich aber nach § 892 auf die Eintragung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstücke verlassen können. Dies schließt der Abs. 2 aus (a. A. Staudinger Erl. 2 zu § 1028; **Fuchs**, Grundbuchrecht S. 299 Nr. 2c, womit freilich S. 157 Nr. 5β im Widerspruche zu stehen scheint).

5. Der § 1028 gilt auch für die beim Inkrafttreten des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten (EG. Art. 184). Soweit diese zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem Glauben des Grundbuchs nicht eingetragen zu werden brauchen (EG. Art. 187), ist der Abs. 2 gegenstandslos. Die Vorschriften des Abs. 1 sind aber auch für sie von Bedeutung.

§ 1029.

E. I § 979; II § 939 rev. § 1013; III § 1012; P. I S. 4444 ff., 11678; M. III S. 489 ff. P. II Bd. 3 S. 318 ff.

1. Das BGB. enthält keine allgemeinen Vorschriften über den Besitz von Rechten und dessen Schutz (s. Vorbm. 5 S. 29). **Für die Grunddienstbarkeiten aber drängte das wirtschaftliche Bedürfnis dazu, einen Besitzschutz zu gewähren**, da das Auskunftsmittel einer einstweiligen Verfügung nicht als genügend erachtet werden konnte. Das BGB. hat nun nicht den Versuch gemacht, nach dem Vorbilde des römischen Rechtes besondere possessorische Rechtsmittel für die einzelnen Dienstbarkeiten zu bestimmen. Ging doch auch die Entwickelung des gemeinen Rechtes und der Partikulargesetzgebung dahin, neben den besonderen possessorischen Rechtsmitteln für einzelne Dienstbarkeiten oder statt derselben allgemeine Grundsätze über den Besitzschutz aufzustellen. Den Vorschriften des BGB. liegt der Gedanke zugrunde, daß durch die Ausübung einer Grunddienstbarkeit ein dem Sachbesitz analoges Verhältnis hergestellt werde, und daß man denjenigen, welcher sich in der Ausübung der Dienstbarkeit befinde, gewissermaßen als Mitbesitzer neben dem Sachbesitzer ansehen könne. Dabei mußte aber dem Grundbuchsysteme, nach welchem Grunddienstbarkeiten nicht ohne Eintragung im Grundbuch entstehen können, insoweit Rechnung getragen werden, als die Ausübung einer Grunddienstbarkeit nicht geschützt werden durfte, wenn sie nicht Ausübung eines Rechtes sein konnte. Dies kann sie nicht sein, wenn die Grunddienstbarkeit nicht im Grundbuch eingetragen ist. Als Voraussetzung des Besitzschutzes mußte daher

die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuche bestimmt werden. Ferner mußte berücksichtigt werden, daß es in solchen Fällen, in welchen die Ausübung der Dienstbarkeit nicht durch dauernde Anlagen erfolgt, oft schwierig ist festzustellen, ob durch die Ausübung der Dienstbarkeit ein dem Sachbesitz entsprechender Zustand hergestellt wird. Um die sich hieraus ergebenden Zweifel zu beseitigen, erschien eine positive Vorschrift zweckmäßig und diese ist dahin gegeben, daß die einmalige Ausübung im letzten Jahre zur Begründung des Besitzes erforderlich und genügend ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, so soll der Besitzer des herrschenden Grundstücks in der ferneren Ausübung der Dienstbarkeit nach denselben Grundsätzen geschützt werden, nach welchen der Sachbesitzer in dem Besitze der Sache geschützt wird. Die analoge Anwendung der Vorschriften über den Sachbesitz glaubte man der Wissenschaft und Praxis überlassen zu können, und das BGB. gibt daher in dieser Beziehung keine besonderen Vorschriften. Die Vorschriften des BGB. gelten für alle Grunddienstbarkeiten, für continuae wie für discontinuae, für apparentes wie für non apparentes. Soweit die Ausübung einer Grunddienstbarkeit in einzelnen Fällen, wie z. B. bei einer Überbaudienstbarkeit zu einem Sachbesitz in Beziehung auf einen Teil des belasteten Grundstücks führt, finden die Vorschriften über den Schutz des Sachbesitzes direkte Anwendung. Die für den Besitzschutz der Grunddienstbarkeiten aufgestellten Grundsätze sind durch § 1090 auf die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ausgedehnt. Im einzelnen ist zu den Vorschriften des § 1029 folgendes zu bemerken.

2. **Geschützt wird der unmittelbare Besitzer des herrschenden Grundstücks** und zwar nicht nur der Eigenbesitzer, sondern auch der vermittelnde Besitzer. Wie die Dienstbarkeit als Bestandteil des herrschenden Grundstücks angesehen wird, so wird gewissermaßen auch der Quasibesitz der Dienstbarkeit als Bestandteil des Besitzes des herrschenden Grundstücks behandelt. Über den Schutz des mittelbaren Besitzers des herrschenden Grundstücks s. Erl. 4g.

3. **Die Voraussetzungen, unter welchen der Besitzer des herrschenden Grundstücks geschützt wird**, sind folgende:

a) Die Grunddienstbarkeit muß für den Eigentümer des Grundstücks, zu dessen Gunsten die ausgeübte Dienstbarkeit dient, im Grundbuch eingetragen sein. Dieses Erfordernis ist nicht identisch mit dem Erfordernisse, daß die Grunddienstbarkeit bestehe. Die Rechtsfrage bleibt bei dem Besitzschutz außer Betracht. Die Eintragung im Grundbuche begründet nach § 891 nur die Vermutung, daß die Dienstbarkeit besteht. Sie zu erfordern war aus den in Erl. 1 dargelegten Gründen notwendig. Für eine mit Unrecht gelöschte Grunddienstbarkeit besteht ein Besitzschutz nicht.

b) Die Dienstbarkeit muß innerhalb eines Jahres vor der Störung, wenn auch nur einmal ausgeübt sein. Was erforderlich ist, um eine Dienstbarkeit auszuüben, bestimmt sich nach dem Inhalte der Dienstbarkeit. Berechtigt diese zu dem Halten einer Anlage auf dem berechtigten Grundstücke, so muß die Anlage innerhalb des letzten Jahres vor der Störung, wenn auch nur vorübergehend bestanden haben. Berechtigt die Dienstbarkeit zu der Vornahme einzelner Handlungen auf dem belasteten Grundstücke, wie z. B. bei einer Wegegerechtigkeit oder bei einer Dienstbarkeit, kraft deren der Berechtigte zu einer das in dem § 906 bestimmte Maß übersteigenden Immission von Rauch, Gerüchen rc. berechtigt ist, so ist erforderlich und genügend, daß einmal in dem letzten Jahre die Handlung, zu welcher die Dienstbarkeit berechtigt, in den Beispielsfällen also das Gehen über das Grundstück oder die Immission vorgenommen ist. Zweifelhaft ist, was zu der Ausübung der Dienstbarkeit gehört, wenn diese darin besteht, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks auf diesem eine Handlung nicht vornehmen darf. Aus dem Begriffe der Ausübung scheint zu folgen, daß immer ein positives Handeln erfordert wird, daß also in dem gedachten Falle die Nichtvornahme der betreffenden Handlung nicht genügt, vielmehr erforderlich ist, daß dieses passive Verhalten infolge eines auf Grund der Dienstbarkeit ergangenen Verbots erfolgt. Da indessen die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen sein muß, so wird man in dieser Eintragung schon das erforderliche Verbot erblicken können. In dem gedachten Falle wird also das passive Verhalten des Eigentümers des belasteten Grundstücks innerhalb des letzten Jahres vor der Störung als infolge des in der Eintragung liegenden Verbots erfolgt und deshalb als genügend anzusehen sein (a. A. Staudinger Erl. 2c zu § 1029; Kuhlenbeck Erl. 5 zu § 1029). Nicht erforderlich ist, daß die Ausübung durch den Besitzer des herrschenden Grundstücks erfolgt ist. Es genügen die von dritten Personen, z. B. von dem Mieter oder Pächter des herrschenden Grundstücks, bei einer Wegegerechtigkeit auch die von Personen, welche den Besitzer besuchen wollen, vorgenommenen Handlungen, sofern diese nur objektiv dem Inhalte der Dienstbarkeit entsprechen und in Aus-

übung der Dienstbarkeit vorgenommen sind. Auch bei den von dem Besitzer des Grundstücks selbst vorgenommenen Handlungen muß erhellen, daß sie in Ausübung der Dienstbarkeit vorgenommen sind. Dies wird im Zweifel anzunehmen sein, wenn die Handlungen objektiv dem Inhalte der Dienstbarkeit entsprechen. Ergibt sich indessen im einzelnen Falle, daß die Handlung nicht in Ausübung der Dienstbarkeit vorgenommen ist, hat der Besitzer z. B. vor der Vornahme der Handlung den Eigentümer des belasteten Grundstücks um Erlaubnis gebeten und die Handlung erst, nachdem diese Erlaubnis erteilt ist, vorgenommen, so liegt in ihr keine Ausübung der Dienstbarkeit.

Dem Erfordernisse der einmaligen Ausübung kann möglicherweise nicht genügt werden können bei Dienstbarkeiten, welche nur in längeren Zwischenräumen als ein Jahr, z. B. im Falle des Eintretens besonderer Ereignisse, Überschwemmung, Feuersgefahr ꝛc. ausgeübt werden dürfen. Ist in solchen Fällen die Dienstbarkeit einmal ausgeübt worden, so dauert der Schutz zwar noch ein Jahr lang fort, fällt aber nach Ablauf des Jahres weg. Tritt später die Voraussetzung, unter welcher die Dienstbarkeit ausgeübt werden darf, wieder ein, so erfolgt die Handlung, zu welcher die Dienstbarkeit berechtigt, nicht auf Grund eines bestehenden Quasibesitzes; sie enthält vielmehr eine neue Besitzergreifung und ist deshalb Störung des Sachbesitzes des belasteten Grundstücks.

Der durch die einmalige Ausübung der Dienstbarkeit erworbene Quasibesitz dauert wie gesagt während eines Jahres fort. Hieraus darf aber nicht geschlossen werden, daß der so erlangte Quasibesitz nicht infolge besonderer Umstände früher aufhören könne. In M. III S. 491 wird hervorgehoben, daß die allgemeinen Vorschriften über Erwerb und Verlust des Besitzes auch auf den Quasibesitz der Dienstbarkeiten entsprechend anzuwenden seien. Dies wird auch für das BGB. sowohl nach dem Wortlaute wie nach der Absicht des § 1029 als richtig anzuerkennen sein. Hieraus ergibt sich, daß der Quasibesitz aufhört, wenn der Besitzer des herrschenden Grundstücks ihn aufgibt (§ 858), wenn er also z. B. die zu der Ausübung der Dienstbarkeit dienende Anlage auf die Aufforderung des die Dienstbarkeit bestreitenden Besitzers des belasteten Grundstücks freiwillig wegräumt oder wenn er auf eine gleiche Aufforderung hin bei einer Wegegerechtigkeit von dem Versuche, wieder über das Grundstück zu gehen, absteht. Der Verlust des Quasibesitzes tritt aber auch dann ein, wenn der Besitzer des herrschenden Grundstücks die Ausübung der Dienstbarkeit nicht freiwillig aufgibt, sondern daran von dem Besitzer des belasteten Grundstücks behindert wird. Es liegt dann ein dem Verluste der tatsächlichen Gewalt aus anderen Gründen als durch freiwilliges Aufgeben im Falle des Sachbesitzes (§ 858) entsprechendes Verhältnis vor. Über die Frage, welche Rechte in einem solchen Falle dem des Quasibesitzes entsetzten Besitzer des herrschenden Grundstücks zustehen, und welche Folgen sich sonst aus dieser Entsetzung ergeben, s. Erl. 4.

4. **Der Quasibesitzer wird in dem Quasibesitz, also in der Ausübung der Dinstbarkeit gegen Störungen insoweit geschützt, als die Ausübung reicht,** nie aber über den Inhalt der Dienstbarkeit, wie dieser im Grundbuch eingetragen ist, hinaus. Dies folgt aus den in Erl. 2 dargelegten beiden Voraussetzungen des Schutzes. Unter Störung der Ausübung ist sowohl die vollständige Behinderung als jede sonstige Beeinträchtigung der Ausübung zu verstehen. Der Schutz wird gewährt durch entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Schutz des Sachbesitzes. Hieraus ergibt sich folgendes:

a) Der Quasibesitzer der Dienstbarkeit kann, wenn er an der Ausübung der Dienstbarkeit von einem anderen behindert oder gestört wird, den Widerstand mit Gewalt beseitigen (§ 859 Abs. 1). Er kann also z. B., wenn der Besitzer des belasteten Grundstücks eine auf demselben befindliche zur Ausübung der Dienstbarkeit dienende Anlage ohne den Willen des Quasibesitzers zu beseitigen versucht, diesen Versuch mit Gewalt zurückweisen und ebenso kann auch bei einer Wegegerechtigkeit der Quasibesitzer, wenn er daran behindert wird, den Weg über das Grundstück zu nehmen, die Behinderung mit Gewalt beseitigen. Der Quasibesitzer ist aber auch ferner, wenn ihm der Quasibesitz durch verbotene Eigenmacht, d. h. also ohne seinen Willen entzogen ist, berechtigt, sich des Besitzes sofort wieder zu bemächtigen (§ 859 Abs. 3). Er kann also z. B., wenn die Anlage ohne seinen Willen beseitigt, diese nötigenfalls mit Gewalt wieder herstellen, jedoch nur, wenn er dazu sofort nach der Beseitigung imstande ist; ebenso kann er, wenn ihm der Quasibesitz der Wegegerechtigkeit dadurch entzogen war, daß er oder seine Beauftragten von dem Besitzer des belasteten Grundstücks behindert wurden, den Weg über das Grundstück zu nehmen, sofort nachher den Übergang gegen den Willen des Besitzers des belasteten Grundstücks nötigenfalls mit Gewalt erzwingen. Über den Begriff des „sofort“

f. Erl. 3 b zu § 859. Zur Ausübung dieser Rechte sind auch diejenigen berechtigt, welche zu dem Quasibesitzer in dem Verhältnis eines Besitzdieners stehen (§ 860).

b) Der Begriff der verbotenen Eigenmacht bestimmt sich auch gegenüber dem Quasibesitzer nach § 858. Jede Behinderung oder Störung in der Ausübung der Dienstbarkeit ohne den Willen des Quasibesitzers, verletzt also den Quasibesitz und der dadurch herbeigeführte Zustand ist dem Quasibesitzer gegenüber fehlerhaft. Fehlerhaft ist also insbesondere, wenn die Behinderung von dem Besitzer des belasteten Grundstücks ausging, der hierdurch herbeigeführte Zustand eines von der Dienstbarkeit freien Besitzes des belasteten Grundstücks. Diese Fehlerhaftigkeit muß auch der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit bei dem Erwerbe des Besitzes kennt (§ 858 Abs. 2). Die unter a bezeichneten Rechte kann daher der Quasibesitzer auch gegenüber demjenigen ausüben, welcher die Fehlerhaftigkeit seines von der Dienstbarkeit freien Besitzes des belasteten Grundstücks gegen sich gelten lassen muß (§ 859 Abs. 4).

Auch der Quasibesitz kann aber ein fehlerhafter sein. Dies ist er, wenn er ohne den Willen des Sachbesitzers erlangt ist. Jede Ausübung der Dienstbarkeit ohne den Willen des Besitzers des herrschenden Grundstücks ist an sich verbotene Eigenmacht gegen den Besitzer des Grundstücks, und der dadurch erlangte Quasibesitz der Dienstbarkeit muß dem Sachbesitze weichen, wie andererseits, wenn der Quasibesitz einmal erlangt ist, ihm gegenüber der Sachbesitz zurückstehen muß. Der Besitzer des belasteten Grundstücks kann also, wenn die Dienstbarkeit zum ersten Male ausgeübt wird, dies, wenn es ohne seinen Willen geschieht, mit Gewalt hindern, oder, wenn z. B. eine Anlage ohne seinen Willen gemacht ist, sie sofort wieder beseitigen. Ist aber der Quasibesitz der Dienstbarkeit einmal begründet, so stehen dem Besitzer des belasteten Grundstücks jene Rechte gegenüber einer späteren Ausübung der Dienstbarkeit nicht mehr zu; vielmehr hat nunmehr der Quasibesitzer das Recht der Verteidigung bzw. der Selbsthilfe.

c) Dem Quasibesitzer stehen die Besitzklagen zu (§§ 861, 862), und zwar die Klage wegen Entziehung des Besitzes, wenn er in der Ausübung der Dienstbarkeit behindert ist, die Klage wegen Störung des Besitzes, wenn er in der Ausübung in irgend welcher Weise gestört wird. Die erstgedachte Klage geht gegen denjenigen, welcher dem Quasibesitzer gegenüber fehlerhaft besitzt (s. unter b), die letztgedachte Klage gegen den Störer. Praktisch in Betracht wird als Beklagter regelmäßig nur der Besitzer des belasteten Grundstücks kommen. Diesem gegenüber ist die entsprechend anzuwendende Vorschrift des § 861 Abs. 2 von Wichtigkeit. Die Klage ist hiernach ausgeschlossen, wenn der Quasibesitz des Klägers dem Beklagten oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist (s. Erl. 4 zu § 861). Wenn also z. B. der Besitzer des herrschenden Grundstücks eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke, die zur Ausübung der Dienstbarkeit diente, ohne den Willen des Besitzers des belasteten Grundstücks gemacht hat und sein Quasibesitz der Dienstbarkeit also ein fehlerhafter war, und wenn dann der Besitzer des belasteten Grundstücks die Anlage ohne den Willen des Quasibesitzers wieder beseitigt hat, so ist die Besitzklage des Quasibesitzers gegen den Besitzer des belasteten Grundstücks ausgeschlossen, wenn die Beseitigung der Anlage innerhalb eines Jahres nach dem fehlerhaften Erwerbe des Quasibesitzes erfolgt war. Diese Grundsätze müssen auch dann Anwendung finden, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit, wie z. B. bei einer Wegegerechtigkeit, durch vorübergehende Handlungen erfolgt. Ist das erste Gehen über das belastete Grundstück ohne den Willen des Besitzers des Grundstücks erfolgt, so kann, wenn innerhalb eines Jahres der Besitzer des belasteten Grundstücks das wiederholte Gehen über das Grundstück verhindert hat, dieserhalb von dem Quasibesitzer der Wegegerechtigkeit die Besitzklage nicht geltend gemacht werden. Umgekehrt kann auch der Besitzer des belasteten Grundstücks, wenn er den von der Dienstbarkeit freien Besitz dem Quasibesitzer der Dienstbarkeit gegenüber fehlerhaft erlangt hat, und dieser nun die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres wieder ausübt, gegen ihn die Besitzklage nicht geltend machen, weil er ihm gegenüber fehlerhaft besitzt.

d) Gegenüber der Besitzklage des Quasibesitzers kann das Recht zur Verhinderung oder Störung der Dienstbarkeit nur unter der im § 863 bestimmten Voraussetzung geltend gemacht werden. Der Besitzer des belasteten Grundstücks kann also nicht geltend machen, daß die Dienstbarkeit, obwohl sie eingetragen sei, nicht bestehe, und er daher kraft seines Eigentums die Ausübung zu verhindern berechtigt sei.

e) Die Besitzklage des Quasibesitzers ist ausgeschlossen, wenn sie nicht vor Ablauf eines Jahres nach der Behinderung oder Störung angestellt ist (§ 864 Abs. 1). Die Besitzklage erlischt ferner, wenn nach Maßgabe des § 864 Abs. 2 durch rechtskräftiges Urteil fest-

Zweiter Titel.

Nießbrauch.

---

gestellt wird, daß derjenige, welcher die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder gestört hat, hierzu berechtigt sei, wenn also z. B., falls der Besitzer des belasteten Grundstücks die Verhinderung oder Störung vorgenommen hat, durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß die in Frage stehende Dienstbarkeit nicht besteht.

f) Zweifelhaft kann sein, ob der § 866, nach welchem, wenn mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, in ihrem Verhältnis untereinander ein Besitzschutz insoweit nicht stattfindet, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt, entsprechende Anwendung finden kann. Die Frage dürfte für die Fälle zu bejahen sein, in welchen mehrere gemeinschaftlich das herrschende Grundstück besitzen, oder in welchen das herrschende Grundstück geteilt ist, und die Besitzer der Teile gemeinschaftlich die Dienstbarkeit ausüben. Hier dürfte in entsprechender Anwendung des § 866 ein Besitzschutz im Verhältnis unter den mehreren Besitzern nicht stattfinden.

g) Dem mittelbaren Besitzer des herrschenden Grundstücks (§§ 868, 870, 871) stehen, wenn der unmittelbare Besitzer des herrschenden Grundstücks in dem Quasibesitze der Dienstbarkeit gestört wird, die Besitzklagen nach Maßgabe des § 869 zu.

Die §§ 865, 867 kommen nicht in Frage. Im übrigen vgl. die Erl. zu den §§ 858—864, 866, 868—871.

5. Für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten gelten die besonderen Vorschriften des EG. Art. 191. Hiernach bestimmt sich für sie, solange das Grundbuch für das belastete Grundstück nicht angelegt ist, der Besitzschutz nach dem bisherigen Rechte. Von dem Zeitpunkt an, in welchem das Grundbuch angelegt ist, bestimmt sich der Besitzschutz nach Art. 191 Abs. 2 (s. Erl. zu Art. 191 des EG.).

Zweiter Titel.

1. **Anordnung.** Der Nießbrauch kann an Sachen und an Rechten bestehen. Das BGB. ordnet den Stoff in der Art, daß zunächst in der ersten Unterabteilung (§§ 1030—1067) die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen gegeben werden und daß dann in der zweiten Unterabteilung (§§ 1068—1084), welche von dem Nießbrauch an Rechten handelt, die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen vorgeschrieben und daneben eine Reihe besonderer Bestimmungen getroffen wird. In der dritten Unterabteilung (§§ 1085—1089) folgen weiter die Vorschriften über den Nießbrauch an einem Vermögen und an einer Erbschaft. Sie beschränken sich, da ein Nießbrauch an einem Vermögen oder an einer Erbschaft als solcher (abgesehen von dem Nießbrauch an einem Erbteile), nicht möglich ist, auf besondere Bestimmungen für den Fall, daß die Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen zu dem Vermögen oder zu der Erbschaft gehörenden Gegenständen zu dem Zwecke erfolgt ist, um den Nießbrauch an dem ganzen Vermögen oder an der ganzen Erbschaft einzuräumen.

2. **Grundgedanken.** Der wirtschaftliche Zweck des Nießbrauchs besteht darin, dem Nießbraucher unter Ausschluß des Eigentümers die Nutzungen einer Sache einzuräumen, während die Substanz der Sache dem Eigentümer erhalten bleiben soll. Dieser Zweck wird erreicht durch die Begründung eines dinglichen Rechtes an der Sache (vgl. die Vorbm. zu der ersten und zweiten Unterabteilung). Durch die Trennung des Rechtes auf die Nutzungen von dem Eigentume wird dieses für die Dauer des Nießbrauchs seines wesentlichen Inhalts beraubt. Wirtschaftliche Rücksichten verbieten, eine derartige Beschränkung des Eigentums dauernd eintreten zu lassen. Deshalb kann der Nießbrauch nur für die Dauer des Lebens des Berechtigten begründet werden und erlischt mit dessen Tode. Über den einer juristischen Person zustehenden Nießbrauch s. § 1061 Satz 2. Die Zwecke, zu welchen der Nießbrauch bestellt zu werden pflegt, erfordern nicht, daß er auf einen anderen übertragen werden kann. Das Gesetz bestimmt deshalb die Unübertragbarkeit (§ 1059). Dieselben Grundsätze gelten auch für den Nießbrauch an einem Rechte.

3. **Gesetzliches Schuldverhältnis.** Durch den Nießbrauch wird mit dessen Entstehung zugleich ein obligatorisches Verhältnis begründet, dessen Inhalt durch das Gesetz näher

I. Nießbrauch an Sachen.

bestimmt wird. Dieses Verhältnis besteht zwischen dem Nießbraucher und dem jeweiligen Eigentümer der Sache, nicht zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller (s. jedoch § 1058; P. II Bd. 4 S. 592ff., 607ff.). Zwischen den letztgedachten Personen wird durch die Bestellung des Nießbrauchs ein obligatorisches Verhältnis nicht begründet. Ein solches kann aber in der Art bestehen, daß jemand zur Bestellung eines Nießbrauchs einem anderen verpflichtet ist. Auf diese Verpflichtung finden dann lediglich die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse Anwendung.

4. **Entstehung des Nießbrauchs.** Der Nießbrauch kann durch Rechtsgeschäft unter Lebenden und an beweglichen Sachen durch Ersitzung nach § 1033, an Grundstücken durch Tabularersitzung nach § 900 Abs. 2 begründet werden. Durch Verfügung von Todes wegen kann nur die Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs, nicht dieser selbst begründet werden (§ 2174; vgl. Erdmann, Der Nießbrauch in Verfügungen von Todes wegen nach gemeinem R. und dem BGB., Arch. f. civ. Pr. 94 S. 284ff., über die Auslegung solcher Verfügungen unter der Herrschaft des BGB.). Einen gesetzlichen Nießbrauch kennt das BGB. nicht; jedoch finden die Vorschriften über den Umfang der dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen und die Art ihres Erwerbes auf die eheliche und auf die elterliche Nutznießung Anwendung (§§ 1383, 1652). Vgl. dagegen über die vom E. I abweichende Regelung der Stellung des Vorerben die Vorbm. 3 zu Buch V Abschn. 3 Tit. 3.

5. **In betreff des Pfründenrechts** sind nach EG. Art. 80 Abs. 2 die Landesgesetze maßgebend, ebenso in betreff des Schuldverhältnisses bei dem Leibzuchtvertrage nach EG. Art. 96.

I. Nießbrauch an Sachen.

1. **Gegenstand. Rechtliche Natur.** Der Nießbrauch kann an Grundstücken wie an beweglichen Sachen bestehen. Er ist ein dingliches Recht. Auf den Nießbrauch an Grundstücken finden die allgemeinen Vorschriften des zweiten Abschnitts (§§ 873ff.) über Rechte an Grundstücken Anwendung.

2. **Das obligatorische Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer** (s. Vorbm. zu diesem Titel Nr. 3) beginnt mit der Entstehung des Nießbrauchs. Nach M. III S. 505, P. II Bd. 3 S. 392 sollte die Frage offen gelassen werden, ob bei dem Nießbrauch an Sachen die Verpflichtung des Nießbrauchers nicht erst mit der Erlangung des Besitzes beginne. Die Frage wird im allgemeinen zu verneinen sein, weil das obligatorische Verhältnis untrennbar mit dem dinglichen Rechte verbunden ist. Im einzelnen Falle wird aber die Entscheidung der Frage, ob der Nießbraucher, der eine ihm in betreff der Sache obliegende Verpflichtung deshalb nicht erfüllt hat, weil er nicht im Besitze der Sache war, dem Eigentümer zum Schadensersatze verpflichtet ist, davon abhängen, ob dem Nießbraucher ein Verschulden zur Last fällt, weil er sich den Besitz der Sache nicht verschafft hat. Soweit dies nicht angenommen werden kann, tritt eine Ersatzpflicht nicht ein.

3. **Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen.** Bei verbrauchbaren Sachen läßt sich der wirtschaftliche Zweck des Nießbrauchs nur dadurch erreichen, daß dem Nießbraucher das Recht zugestanden wird, die Sachen zu verbrauchen oder zu veräußern. Auf dem gewöhnlichen Wege der Begründung eines dinglichen Rechtes an der Sache und der Erhaltung der Substanz für den Eigentümer ist hier die Erreichung des Zweckes unmöglich. Im Anschluß an den gemeinrechtlichen quasi usus fructus bestimmt deshalb das BGB., daß, wenn die Sache eine verbrauchbare ist, der Nießbraucher das Eigentum an ihr erlangt unter der Verpflichtung, bei Beendigung des Nießbrauchs den Wert zu erstatten. Die sich hierauf beziehende Bestimmung ist nicht in einem sich den Vorschriften über den eigentlichen Nießbrauch anschließenden besonderen Abschnitt über den quasi usus fructus gegeben, sondern bildet den letzten Paragraphen der Abteilung über den Nießbrauch an Sachen (§ 1067). Hieraus ergibt sich, daß grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften über den Nießbrauch auch auf den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen Anwendung finden; praktisch kommen aber wegen der besonderen für diese Art des Nießbrauchs geltenden Vorschriften nur wenige der allgemeinen Vorschriften in Betracht. Hervorzuheben ist hier noch besonders, daß bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen ein obligatorisches Verhältnis nicht zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer, sondern zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller besteht. Über das Nähere s. Erl. zu § 1067.

§. 1030. Eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen (Nießbrauch).

Der Nießbrauch kann durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden.

---

4. Anordnung des Stoffes. Der § 1030 bestimmt die Zulässigkeit, den Inhalt und die rechtliche Natur des Nießbrauchs. Die §§ 1031—1033 handeln von der Begründung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen. (Die Begründung des Nießbrauchs an Grundstücken bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Begründung von Rechten an Grundstücken.) Die §§ 1034, 1035 enthalten Vorschriften, durch welche dem Nießbraucher sowie dem Eigentümer die Möglichkeit gesichert werden soll, den Zustand der Sache und bei dem Nießbrauch an einem Inbegriffe die einzelnen dazu gehörenden Sachen festzustellen. In den §§ 1036—1040 werden die Rechte des Nießbrauchers näher bestimmt und begrenzt. Die §§ 1041—1047 handeln von den dem Nießbraucher dem Eigentümer gegenüber obliegenden Verpflichtungen, und zwar der § 1041 von der Verpflichtung des Nießbrauchers, die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und die Kosten der gewöhnlichen Unterhaltung zu tragen, der § 1042 von der Verpflichtung, gewisse Umstände dem Eigentümer anzuzeigen, die §§ 1043, 1044 von außergewöhnlichen Erneuerungen und Ausbesserungen, die §§ 1045, 1046 von der Verpflichtung des Nießbrauchers, die Sache zu versichern, der § 1047 von den Lasten der Sache, welche der Nießbraucher zu tragen hat. Der § 1048 enthält besondere Vorschriften für den Fall, daß ein Grundstück nebst Inventar den Gegenstand des Nießbrauchs bilde. Der § 1049 bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen der Nießbraucher Ersatz für Verwendungen verlangen kann. In dem § 1050 wird der Grundsatz aufgestellt, daß der Nießbraucher Veränderungen oder Verschlechterungen, die durch die ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs entstanden sind, nicht zu vertreten hat. Die §§ 1051—1054 handeln von den Mitteln, welche dem Eigentümer gewährt werden, um sich gegen die Verletzung seiner Rechte gegen den Nießbraucher zu sichern. Der § 1055 bestimmt die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Rückgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs. Der § 1056 enthält besondere Vorschriften für den Fall, daß der Nießbraucher ein Grundstück vermietet oder verpachtet hat, der § 1057 handelt von der Verjährung gewisser Ansprüche des Nießbrauchers und des Eigentümers. Der § 1058 bestimmt, daß zugunsten des Nießbrauchers der Besteller als der Eigentümer gilt, sofern der Nießbraucher nicht das Gegenteil weiß, der § 1059 verordnet die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs. Der § 1060 handelt von dem Zusammentreffen des Nießbrauchs mit anderen Rechten, die §§ 1061—1064 handeln von der Beendigung des Nießbrauchs, der § 1065 von den dem Nießbraucher im Falle der Beeinträchtigung seiner Rechte zustehenden Rechtsmitteln. Der § 1066 enthält besondere Vorschriften über den Nießbrauch an dem Bruchteil einer Sache und der § 1067 über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen.

§ 1030.

E. I § 980; II § 940 rev. § 1014; III § 1013. P. I S. 4359 ff., 4504 ff., 4812; M. III S. 493 f. P. II Bd. 3 S. 383 f.

1. **Der § 1030 erkennt den Nießbrauch als eines der gesetzlich zugelassenen dinglichen Rechte an und bestimmt seinen Inhalt.** Dieser besteht in dem Rechte, die Nutzungen der dem Nießbrauch unterliegenden Sache zu ziehen. Nutzungen einer Sache sind nach § 100 die natürlichen und bürgerlichen Früchte (§ 99) und die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt. Aus der Dinglichkeit des Rechtes folgt, daß der Nießbraucher die unmittelbare Herrschaft über die Sache insoweit hat, als dies zur Ziehung der Nutzungen erforderlich ist. Er ist daher, wie im § 1036 noch ausdrücklich ausgesprochen ist, zum Besitze der Sache berechtigt und ist hierdurch imstande, die Nutzungen selbst zu ziehen. Über die Substanz der Sache tatsächlich oder rechtlich zu verfügen, ist er nicht berechtigt. Inwieweit er kraft seines Rechtes, die Nutzungen zu ziehen, auch berechtigt ist, Bestandteile der Sache sich anzueignen, ergibt sich einerseits aus dem Begriffe der Früchte (§ 99), anderseits aus den besonderen Vorschriften der §§ 1036, 1037. Daneben wird das Recht des Eigentümers durch besondere dem Nießbraucher auferlegte obligatorische Verpflichtungen geschützt.

2. **Der Nießbrauch umfaßt alle Nutzungen der Sache,** und zwar unter Ausschluß des Eigentümers. Er hat grundsätzlich sämtliche Nutzungen zum Gegenstande. Zulässig ist nach **Abs. 2** der Ausschluß einzelner Nutzungen, welche dann dem Eigentümer verbleiben. Der Nießbrauch kann aber nicht auf einzelne Nutzungen beschränkt werden (Rspr. 2

§. 1031. Mit dem Nießbrauch an einem Grundstück erlangt der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Zubehöre nach den für den Erwerb des Eigenthums geltenden Vorschriften des §. 926.

S. 120, 6 S. 121). Ein Recht auf einzelne Nutzungen ist kein Nießbrauch und kann an beweglichen Sachen überhaupt nicht, an Grundstücken nur als persönliche beschränkte Dienstbarkeit (§§ 1090 ff.) bestellt werden.

3. **Der Nießbrauch erstreckt sich auf alle Bestandteile der Sache,** auf die wesentlichen unbedingt (§ 93), auf die nichtwesentlichen insoweit, als sie von der Bestellung mit ergriffen werden. Dies ist nicht der Fall, wenn sie bei der Bestellung dem Eigentümer nicht gehörten, sofern nicht der Nießbraucher trotzdem auf Grund seines guten Glaubens oder des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs den Nießbrauch daran erwarb (§§ 1032, 892). Sind solche Bestandteile bei der Bestellung des Nießbrauchs mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bestimmt sich das Verhältnis des Nießbrauchs zu diesem Rechte nach § 1060.

Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören nach § 96 auch die mit dem Eigentum an ihm verbundenen Rechte. Im E. I § 987 war ausdrücklich bestimmt, daß sich der Nießbrauch auch auf die mit dem Eigentum am Grundstücke verbundenen Vermögensrechte beziehe. Es sollte dadurch ausgedrückt werden, daß auf den Nießbrauch an solchen Rechten die Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten Anwendung finden (M. III S. 499). Von der zweiten Kommission ist diese Vorschrift gestrichen, weil sie an sich selbstverständlich sei und den Gedanken, der damit ausgedrückt werden soll, eher verdunkele als klarstelle (P. II Bd. 3 S. 387 f.). Sachlich ist die Vorschrift richtig, und es wird auch anzuerkennen sein, daß sich die Ausübung des Nießbrauchs an solchen Rechten nach den Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten bestimmt. Die Beschränkung der fraglichen Vorschrift des E. I auf Vermögensrechte könnte aber zu einem Mißverständnisse führen. Das Recht muß allerdings, um Gegenstand des Nießbrauchs zu sein, Nutzungen gewähren; aber unter Nutzungen sind nach § 100 nicht bloß vermögensrechtliche Vorteile im engeren Sinne, sondern Vorteile jeder Art zu verstehen, welche der Gebrauch des Rechtes gewährt. Unzweifelhaft gehören zu den dem Nießbrauch unterliegenden Rechten der hier fraglichen Art die subjektiv-dinglichen Reallasten, das Recht auf die Rente wegen eines Überbaues oder eines Notwegs und ähnliche der Landesgesetzgebung vorbehaltene Rechte, welche Nutzungen gewähren. Nach M. III S. 499 f. soll die Frage, ob die Ausübung eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts oder eines mit dem Grundstücke verbundenen dem öffentlichen Rechte angehörenden Ehrenrechts durch den Nießbraucher mit der Natur solcher Rechte vereinbar sei, nach denjenigen Vorschriften entschieden werden, welche sich auf die besondere Art dieser Rechte beziehen. Es wird sich zunächst fragen, ob die Ausübung solcher Rechte im Sinne des § 100 als ein Vorteile gewährender Gebrauch anzusehen ist. Sodann aber kommt es darauf an, ob die Ausübung des Rechtes nach den dafür geltenden Vorschriften einem andern überlassen werden kann. Dies dürfte für das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht, obwohl ausdrücklich nur dessen Übertragung für unzulässig erklärt ist (§§ 514, 1098, 1103), zu verneinen sein. Dasselbe dürfte auch für das Patronatsrecht gelten (s. Richter-Dove, Kirchenrecht § 189 Anm. 17; Jacobezky S. 258).

4. **Der Nießbrauch kann auch an dem Bruchteil einer Sache bestehen.** Im E. I § 981 war dies ausdrücklich bestimmt (M. III S. 494 f.). Die Vorschrift ist von der zweiten Kommission gestrichen worden, aber nur deshalb, weil sie selbstverständlich sei (P. II Bd. 3 S. 384). Die Bestellung kann sowohl in der Art erfolgen, daß ein Miteigentümer nach Bruchteilen den Nießbrauch an seinem Bruchteile bestellt, als auch in der Art, daß der Eigentümer der ganzen Sache einen Bruchteil der Sache mit dem Nießbrauche belastet. Der Nießbrauch an dem Bruchteil ist Sachnießbrauch, nicht Rechtsnießbrauch. Über die Ausübung der dem Nießbraucher des Bruchteils zustehenden Rechte s. § 1066.

5. **Werden nach § 890 zwei Grundstücke zu einem vereinigt, oder wird ein Grundstück dem anderen zugeschrieben,** so wird hierdurch der Nießbrauch, der auf dem einen oder dem anderen Grundstücke ruht, nicht berührt. Er bleibt auf dem betreffenden Grundstücke bestehen, wird aber nicht auf das andere Grundstück erstreckt (s. Erl. zu § 890).

§ 1031.

E. II § 941 rev. § 1015; III § 1014. P. II Bd. 3 S. 385, 387 f.

1. **Über die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Grundstück** enthält das BGB. keine besonderen Vorschriften. Die Bestellung erfolgt nach den allgemeinen Bestimmungen über die

§. 1032. Zur Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll. Die Vorschriften des §. 929 Satz 2 und der §§. 930 bis 936 finden entsprechende Anwendung; in den

---

Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte (s. Erl. zu §§ 873, 874, 878). Es ist also Einigung über die Begründung des Nießbrauchs zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber des Nießbrauchs und Eintragung im Grundbuch erforderlich. War der Besteller nicht Eigentümer des Grundstücks, so entsteht der Nießbrauch doch nach Maßgabe des § 892, wenn der Erwerber dies nicht wußte. Der E. I § 982 enthielt noch die besondere Vorschrift, daß zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Nießbrauchs auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden könne. Diese Vorschrift ist von der zweiten Kommission gestrichen, weil sie durch die allgemeinere Bestimmung des § 874 gedeckt wird. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt also insbesondere, wenn einzelne Nutzungen von dem Rechte des Nießbrauchers ausgeschlossen werden sollen.

Über einen Fall des Erwerbes des Nießbrauchs ohne Eintragung s. Erl. zu § 1075; über den Erwerb des Nießbrauchs durch Tabularersitzung s. § 900 Abs. 2.

2. Der von der zweiten Kommission eingestellte § 1031 dehnt die Vorschriften des § 926 über den Erwerb des Eigentums an Zubehörstücken des Grundstücks auf den Erwerb des Nießbrauchs an solchen Zubehörstücken aus. Es kann hierbei selbstverständlich nur von einer entsprechenden Anwendung jener Vorschriften die Rede sein. Diese führt zu folgenden Ergebnissen:

a) Sind der Besteller und der Erwerber des Nießbrauchs an einem Grundstücke darüber einig, daß sich der Nießbrauch auch auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Erwerbe des Nießbrauchs an dem Grundstück auch den Nießbrauch an den zu dieser Zeit vorhandenen Zubehörstücken, soweit sie zu dieser Zeit dem Besteller gehörten (§ 926 Abs. 1 Satz 1). Der Erwerb des Nießbrauchs erfolgt nach § 873 mit der Einigung der Parteien und der Eintragung im Grundbuche. Die Voraussetzung, daß die Zubehörstücke als solche vorhanden seien und dem Besteller gehören müssen, muß also in demjenigen Zeitpunkte gegeben sein, in welchem dem letzten jener Erfordernisse genügt ist. Regelmäßig wird dies die Eintragung sein. Erfolgt ausnahmsweise die Einigung nach der Eintragung, so muß jene Voraussetzung zur Zeit der Einigung vorliegen. Über die sich aus diesen Grundsätzen ergebenden Folgerungen s. Erl. 1 zu § 926.

b) Im Zweifel ist anzunehmen, daß sich die Bestellung des Nießbrauchs auch auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll (§ 926 Abs. 1 Satz 2).

c) War der Besteller nicht Eigentümer der Zubehörstücke, so finden auf den Erwerb des Nießbrauchs an ihnen, wenn sich dieser nach der Einigung auch auf sie erstrecken sollte, die Vorschriften der §§ 932—936 entsprechende Anwendung (§ 926 Abs. 2). Der Erwerb des Nießbrauchs an den Zubehörstücken erfolgt hiernach im Falle des § 929 Satz 2 (brevi manu traditio) nur, wenn der Erwerber den Besitz von dem Besteller erlangt hatte, und in den Fällen der §§ 930, 931 erst mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erwerber den Besitz der Zubehörstücke durch Übergabe seitens des Bestellers oder von dem Dritten erlangt. In diesem Zeitpunkte muß der gute Glaube des Erwerbers vorhanden sein. Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn die Zubehörstücke dem Eigentümer oder, falls dieser mittelbarer Besitzer war, dem vermittelnden Besitzer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind. Über die einzelnen sich hierbei ergebenden Fragen s. Erl. zu § 926.

d) Waren die Zubehörstücke mit dem Rechte eines Dritten (Nießbrauch oder Pfandrecht) belastet, so geht unter denselben Voraussetzungen, unter welchen ein solches Recht nach § 936 durch den Erwerb des Eigentums auf Grund des guten Glaubens des Erwerbers untergeht (§ 1032 Satz 2 und Erl. 3 zu § 926), der Nießbrauch dem Rechte des Dritten vor.

§ 1032.

E. I § 983; II § 942 rev. § 1016; III § 1015. P. I S. 4408 ff., 5484; M. III S. 495 f. P. II Bd. 3 S. 385 ff.

1. Grundgedanken. Entstehung. Die Vorschriften des § 1032 über den Erwerb des Nießbrauchs an beweglichen Sachen durch Rechtsgeschäft entsprechen den Vorschriften über den Erwerb des Eigentums durch Rechtsgeschäft. Im Satz 1 wird entsprechend

Fällen des §. 936 tritt nur die Wirkung ein, daß der Nießbrauch dem Rechte des Dritten vorgeht.

---

dem § 929 Satz 1 der für die Bestellung des Nießbrauchs von seiten des Eigentümers leitende Grundsatz ausgesprochen. Im übrigen aber wird das Verhältnis durch Verweisung auf die §§ 929 Satz 2 und 930—936, die selbstverständlich nur eine entsprechende Anwendung finden können, geregelt.

Nach E. I § 983 sollten die Vorschriften über den Erwerb des Eigentums auf Grund einer Veräußerung von seiten des Nichteigentümers (§§ 932—936) keine Anwendung finden, weil die Berücksichtigung des guten Glaubens nur bei Verkehrsgeschäften geboten, die Bestellung des Nießbrauchs aber kein Verkehrsgeschäft sei. Die zweite Kommission glaubte dagegen, daß der dem Erwerb in gutem Glauben zu Grunde liegende Gedanke nicht in solcher Art eingeschränkt werden dürfe, und hielt die Nichtanwendung jener Vorschriften auf den Nießbrauch aus praktischen Gründen insbesondere in solchen Fällen für bedenklich, in welchen es sich um die Veräußerung eines Grundstücks mit Zubehör handele. Durch die Verweisung auf die §§ 932—936 in dem § 1032 werden deshalb die Grundsätze über den Erwerb in gutem Glauben auch auf die Bestellung des Nießbrauchs für anwendbar erklärt.

Im einzelnen gilt folgendes:

2. Ist der Besteller Eigentümer der Sache, so ist zur Begründung des Nießbrauchs erforderlich:

a) die Einigung zwischen dem Besteller und dem Erwerber darüber, daß dem letzteren der Nießbrauch zustehen solle. In betreff der rechtlichen Natur dieser Einigung, der Zulässigkeit von Bedingungen und Zeitbestimmungen und des Abschlusses durch Vertreter gilt dasselbe wie in betreff der für die Übertragung des Eigentums erforderlichen Einigung (s. Erl. 3, 5, 6 zu § 929);

b) die Übergabe der Sache. Auch in Ansehung dieser gilt dasselbe wie in betreff der zur Übertragung des Eigentums erforderlichen Übergabe (s. Erl. 2 zu § 929). Sie ist nicht notwendig, wenn der Erwerber im Besitze der Sache ist; in diesem Falle genügt die Einigung (§ 929 Satz 2). Die Übergabe wird ersetzt, wenn der Besteller im Besitz ist, durch constitutum possessorium (s. Erl. zu § 930) und, wenn ein Dritter im Besitz ist, durch Abtretung des dem Besteller gegen diesen zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der Sache (s. Erl. zu § 931).

Über das Verhältnis der Einigung zu der Übergabe s. Erl. 4 zu § 929, über den Beweis des Eigentums des Bestellers s. Erl. 1 zu § 929.

3. Ist der Besteller nicht Eigentümer der Sache, so muß zu den unter Nr. 2 aufgeführten Erfordernissen hinzutreten:

a) im Falle der brevi manu traditio nach § 929 Satz 2, daß der Erwerber den Besitz von dem Besteller erlangt hatte (§ 932 Abs. 1 Satz 2);

b) im Falle des constitutum possessorium, daß dem Erwerber die Sache von dem Besteller übergeben wird (§ 933);

c) im Falle der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, daß der Besteller entweder mittelbarer Besitzer war oder daß der Erwerber den Besitz der Sache erlangt.

Ausgeschlossen ist der Erwerb des Nießbrauchs, wenn der Erwerber nicht in gutem Glauben war, d. h. wenn er wußte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß der Besteller nicht Eigentümer sei. Der gute Glaube muß vorhanden sein zu der Zeit, in welcher der Erwerber, wenn der Besteller Eigentümer wäre, den Nießbrauch erwerben würde, im Falle unter b zu der Zeit, in welcher ihm die Sache übergeben wird, im Falle unter c, falls der Besteller mittelbarer Besitzer war, zu der Zeit, in welcher ihm der Anspruch auf Herausgabe abgetreten wird, andernfalls zu der Zeit, in welcher er den Besitz erlangt. Ausgeschlossen ist der Erwerb des Nießbrauchs ferner, wenn die Sache dem Eigentümer oder falls dieser mittelbarer Besitzer war, dem vermittelnden Besitzer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt (§ 935).

Über das Nähere s. Erl. zu den §§ 932—935.

4. War die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht der nach Maßgabe der unter Nr. 2, 3 dargelegten Grundsätze begründete Nießbrauch jenem Rechte unter denselben Voraussetzungen vor, unter welchen das Recht, wenn es sich um die Übertragung des Eigentums handelte, nach § 936 erlöschen würde (**Satz 2 Halbs. 2**, Erl. zu § 936). Diese Grundsätze gelten insbesondere auch, wenn die Sache bereits mit einem Nießbrauche belastet war.

§. 1033. Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache kann durch Ersitzung erworben werden. Die für den Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung.

Dieser geht durch den Erwerb des Nießbrauchs von seiten eines anderen nicht unter, sondern tritt nur hinter dem neu erworbenen Nießbrauch im Range zurück. Sachlich kommt dies darauf hinaus, daß der frühere Nießbrauch erst nach der Beendigung des neu erworbenen Nießbrauchs ausgeübt werden kann, also nur dieselbe Wirkung wie ein durch diese Beendigung aufschiebend bedingter Nießbrauch hat. Nur wenn für den neu erworbenen Nießbrauch einzelne Nutzungen ausgeschlossen wären, der frühere Nießbrauch aber unbeschränkt wäre, würde dieser in betreff der ausgeschlossenen Nutzungen, obwohl er für sie allein als Nießbrauch nicht hätte begründet werden können, seine Bedeutung noch neben dem neu erworbenen Nießbrauche behalten. Anderseits wird der gute Glaube, soweit er zum Erwerbe des Nießbrauchs erforderlich ist, nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Erwerber weiß oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß bereits ein Nießbrauch an der Sache besteht. Dies ergibt sich daraus, daß der Mangel des guten Glaubens in betreff eines bereits an der Sache bestehenden Nießbrauchs nur die Wirkung hat, daß dieser im Range hinter dem neu begründeten Nießbrauche nicht zurücktritt, sondern ihm vorgeht. Zwischen den beiden Nießbrauchen tritt hier dasselbe Verhältnis, nur umgekehrt, ein wie in dem erstgedachten Falle. Dies mußte hervorgehoben werden, da die Auffassung nahe liegt, daß, weil der Nießbrauch begrifflich das Recht enthält, alle Nutzungen der Sache zu ziehen, nur ein Nießbrauch an der Sache bestehen könne. Das Gesetz teilt aber, wie aus dem eben Gesagten hervorgeht und auch aus § 1060 (s. Erl. dazu) erhellt, diese Auffassung nicht, sondern geht von der Möglichkeit aus, daß an derselben Sache mehreren Personen ein Nießbrauch zustehen kann.

§ 1033.

E. II § 943 rev. § 1017; III § 1016. P. II Bd. 3 S. 385 ff.

1. **Entstehung.** Der E. I ließ den Erwerb des Nießbrauchs durch Ersitzung nicht zu. Die zweite Kommission glaubte, daß sich die Zulassung der Ersitzung insbesondere mit Rücksicht auf solche Fälle empfehle, in welchen der Erwerb in gutem Glauben durch Bestellung von seiten des Nichteigentümers dadurch ausgeschlossen sei, daß die Sache dem Eigentümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sei.

Die durch den § 1033 bestimmte **entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung führt zu folgenden Ergebnissen:**

2. **Wer eine Sache als eine seinem Nießbrauch unterliegende zehn Jahre lang besitzt,** erwirbt den Nießbrauch daran durch Ersitzung. Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber beim Erwerbe des Nießbrauchsbesitzes nicht in gutem Glauben ist, d. h. zu dieser Zeit weiß oder aus grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er den Nießbrauch nicht erwirbt, oder wenn er später erfährt, daß ihm der Nießbrauch nicht zusteht (§ 937 und Erl. dazu). Nicht ausgeschlossen wird der gute Glaube dadurch, daß der Besitzer weiß oder später erfährt, daß einem anderen ein Nießbrauch an der Sache zusteht (s. Erl. 4 zu § 1032). Hat jemand am Anfang und am Ende eines Zeitraums eine Sache im Nießbrauchsbesitze gehabt, so wird vermutet, daß der Nießbrauchsbesitz auch in der Zwischenzeit fortgedauert habe (§ 938 f. Erl. dazu).

3. **Die Ersitzung kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden,** solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist (§§ 202—205) oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207 entgegenstehen (§ 939 und Erl. dazu).

4. **Die Ersitzung wird unterbrochen:**

a) durch den Verlust des Nießbrauchsbesitzes. Die Unterbrechung gilt aber als nicht erfolgt, wenn der Nießbrauchsbesitzer den Besitz ohne seinen Willen verloren und innerhalb eines Jahres oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat (§ 940 und Erl. daselbst);

b) wenn der Eigentumsanspruch gegen den Nießbrauchsbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Nießbrauchsbesitzes gegen den Besitzer, der sein Recht zum Besitze von dem Nießbrauchsbesitzer ableitet, gerichtlich geltend gemacht wird; die Unterbrechung tritt jedoch nur zugunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt. Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 209 bis 212, 216, 220 finden entsprechende Anwendung (§ 941 und Erl. dazu).

§. 1034. Der Nießbraucher kann den Zustand der Sache auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen. Das gleiche Recht steht dem Eigenthümer zu.

Die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit kommt nicht in Betracht; eine neue Ersitzung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen (**§ 942** nebst Erl.).

5. **Die Vorschriften der §§ 943, 944** über die Anrechnung der zugunsten eines Rechtsvorgängers oder eines Erbschaftsbesitzers verstrichenen Ersitzungszeit können keine entsprechende Anwendung finden, weil der Nießbrauch weder übertragbar noch vererblich ist.

6. **Mit dem Erwerbe des Nießbrauchs durch Ersitzung** treten die an der Sache vor dem Erwerbe des Nießbrauchsbesitzes begründeten Rechte Dritter im Range hinter dem durch die Ersitzung erworbenen Nießbrauche zurück, es sei denn, daß der Nießbrauchsbesitzer beim Erwerbe des Nießbrauchsbesitzes in Ansehung dieser Rechte nicht in gutem Glauben war oder ihr Bestehen später erfährt. Die Ersitzungsfrist muß auch in Ansehung des Rechtes des Dritten verstrichen sein; die Vorschriften unter Nr. 3, 4 finden entsprechende Anwendung (**§ 945** und Erl. 1 dazu, namentlich auch bezüglich der Beweislast). Diese Grundsätze gelten insbesondere auch in betreff eines auf der Sache ruhenden Nießbrauchs; denn der in Beziehung auf diesen mangelnde gute Glaube schließt nicht den Erwerb des Nießbrauchs aus, sondern hat nur die Wirkung, daß der bereits bestehende Nießbrauch dem neu erworbenen im Range vorgeht (s. oben Nr. 2 und Erl. 4 zu § 1032).

Diese Vorschriften finden auch dann entsprechende Anwendung, wenn dem Nießbrauchsbesitzer wirklich ein Nießbrauch zusteht und er bei dem Erwerbe des Nießbrauchsbesitzes in Ansehung eines ihm vorgehenden Nießbrauchs oder eines anderen an der Sache bestehenden Rechtes in gutem Glauben war und auch während der Ersitzungszeit von diesen Rechten keine Kenntnis erhält (s. Erl. 2 zu § 945). Sein Nießbrauch geht dann den an der Sache bestehenden Rechten vor.

7. **Eine Übergangsvorschrift** für den Fall einer bei dem Inkrafttreten des BGB. noch nicht vollendeten Ersitzung enthält der Art. 185.

§ 1034.

E. I § 992; II § 944 rev. § 1013; III § 1017. P. I S. 4547 ff.; M. III S. 506 f. P. II Bd. 3 S. 394, 457; Bd. 4 S. 592 ff., 606.

1. **Zweck und Inhalt der §§ 1034, 1035 im allgemeinen.** Die §§ 1034, 1035 enthalten Vorschriften, durch welche dem Nießbraucher und dem Eigentümer die Möglichkeit gewährt werden soll, sich die erforderlichen Beweise für die bei der Rückgewähr der Sache in Betracht kommenden Tatsachen zu sichern. Zu diesem Zwecke wird beiden Teilen das Recht eingeräumt, den Zustand der Sache und, wenn es sich um einen Inbegriff von Sachen handelt, die einzelnen dazu gehörenden Sachen feststellen zu lassen. Das Recht steht nicht dem Besteller und ihm gegenüber, sondern dem Eigentümer und diesem gegenüber zu. Es ist dies eine Folge des Grundsatzes, daß durch den Nießbrauch überhaupt ein obligatorisches Verhältnis nur zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher, nicht zwischen dem Besteller und dem Nießbraucher begründet wird (s. Vorbm. 3 zu diesem Titel). Dem Nießbraucher kommt bei der Geltendmachung seiner Rechte gegenüber dem Eigentümer die Vorschrift des § 1058 zu statten, nach welcher ihm gegenüber der Besteller als Eigentümer gilt, sofern er nicht weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist. Der Eigentümer kann sich zum Beweise seines Eigentums gegenüber dem Nießbraucher bei Grundstücken auf die Vermutung des § 891, bei beweglichen Sachen auf die Vermutung des § 1006 berufen (s. Erl. zu § 1058).

Nicht berührt durch die Vorschriften der §§ 1034, 1035 wird das Recht desjenigen, welcher in Erfüllung einer ihm obliegenden Verpflichtung zur Bestellung des Nießbrauchs, diesen dem Berechtigten bestellt hat, eine Quittung über die Erfüllung seiner Verpflichtung nach Maßgabe des § 368 zu verlangen. Es handelt sich hierbei aber nicht um ein Recht des Bestellers als solchen, sondern um das Recht des Schuldners, der durch die Bestellung seine Verpflichtung erfüllt.

2. **Zweck und Inhalt des § 1034.** Nach Beendigung des Nießbrauchs hat der Nießbraucher die Sache dem Eigentümer zurückzugewähren (§ 1055). Er hat sie in demjenigen Zustande zurückzugewähren, in welchem sie sich bei der Begründung des Nießbrauchs befand und kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Nachweis befreien, daß die Sache infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes untergegangen oder verschlechtert ist. Dem Eigentümer liegt aber

§. 1035. Bei dem Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen sind der Nießbraucher und der Eigenthümer einander verpflichtet, zur Aufnahme eines Verzeichnisses der Sachen mitzuwirken. Das Verzeichniß ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von beiden Theilen zu unterzeichnen; jeder Theil kann verlangen, daß die Unterzeichnung öffentlich beglaubigt wird. Jeder Theil kann auch verlangen, daß das Verzeichniß durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird. Die Kosten hat derjenige zu tragen und vorzuschießen, welcher die Aufnahme oder die Beglaubigung verlangt.

---

zunächst der Beweis ob, in welchem Zustande sich die Sache bei der Begründung des Nießbrauchs befunden hat (s. Erl. zu § 1055). Um dem Eigentümer diesen Beweis zu erleichtern, bestimmt das BGB. nicht, wie dies zum Teil im früheren Rechte geschah, eine Verpflichtung des Nießbrauchers, dem Eigentümer eine Urkunde auszustellen, in welcher er den Zustand, in dem er die Sache erhalten hat, anerkennt. Das BGB. beschränkt sich vielmehr darauf, dem Eigentümer das Recht zu gewähren, den Zustand der Sache durch Sachverständige feststellen zu lassen. Es handelt sich hier um einen besonderen Fall eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse. Dasselbe Recht wird auch dem Nießbraucher, um ihm den Gegenbeweis zu erleichtern, zugestanden. Die Beteiligten werden von diesem Rechte, um den Zweck sicher zu erreichen, sofort nach der Begründung des Nießbrauchs Gebrauch machen müssen. Ihr Recht ist aber nicht auf diese Zeit beschränkt. Sie können es vielmehr noch zu jeder späteren Zeit geltend machen. Die Feststellung des Zustandes durch Sachverständige erfolgt auf Kosten desjenigen, welcher sie beantragt. Die Beweiskraft der Feststellung durch die Sachverständigen bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen.

3. **Das Verfahren bei der Feststellung** des Zustandes der Sache durch Sachverständige bestimmt sich nach FGG. § 15. Hiernach finden die Vorschriften der CPO. über den Beweis durch Sachverständige Anwendung. Zuständig ist nach FGG. § 164 Abs. 1 das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich die Sache befindet; durch ausdrückliche Vereinbarung der Beteiligten kann aber die Zuständigkeit eines anderen Amtsgerichts begründet werden. Bei dem Verfahren ist der andere Teil soweit tunlich zu hören.

4. **Entsprechende Vorschriften** enthalten die §§ 1372 Abs. 2, 1528 Abs. 2, 2122.

§ 1035.

E. I §§ 993, 1042; II § 945 rev. § 1019; III § 1018. P. I S. 4547 ff.; M. III S. 506, 565. P. II Bd. 3 S. 394 ff.; Bd. 4 S. 607 ff., 759.

S. Erl. 1 zu § 1034.

1. **Voraussetzung. Anwendungsgebiet.** An einem Inbegriffe von Sachen als solchen kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden. Die Bestellung kann nur an den einzelnen Sachen erfolgen. Aber die einzelnen Sachen, an welchen der Nießbrauch besteht, können einen Inbegriff bilden; so z. B. die Bücher einer Bibliothek, die Tiere einer Herde. Auf Fälle dieser Art bezieht sich der § 1035. Der E. I § 993 sprach von einem Nießbrauch an einem Inbegriffe von Vermögensgegenständen. Das BGB. beschränkt, entsprechend der Anordnung des Stoffes, nach welcher in dieser Unterabteilung nur von einem Nießbrauch an Sachen gehandelt wird, die Vorschrift auf den Nießbrauch an Sachen. Nach § 1068 gilt die Vorschrift aber auch für den Nießbrauch an Rechten. Sie findet daher auch Anwendung auf solche Inbegriffe, die aus Sachen und Rechten bestehen, insbesondere auf ein Vermögen oder eine Erbschaft (§§ 1085, 1089). In betreff des Inventars eines Landguts enthält besondere Vorschriften der § 1048. Über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen s. § 1067.

2. **Satz 1.** Die Vorschriften der §§ 270, 261 über die Verpflichtung zur Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses von seiten desjenigen, welcher einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder darüber Auskunft zu erteilen verpflichtet ist, finden auf das Verhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer keine Anwendung, weil hier die Voraussetzung, daß der eine oder andere zu der Herausgabe eines Inbegriffs oder zur Auskunfterteilung darüber verpflichtet ist, nicht vorliegt. Möglicherweise kann eine solche Verpflichtung für den zur Bestellung eines Nießbrauchs Verpflichteten vorliegen; für den Eigentümer oder Nießbraucher als solchen besteht

sie nicht. Der E. I § 993 wollte aber durch positive Vorschrift dem Nießbraucher die Verpflichtung auferlegen, ein Verzeichnis über die zu dem Inbegriffe gehörenden Gegenstände aufzunehmen und dem Eigentümer mitzuteilen. Die zweite Kommission hat dagegen eine gegenseitige Verpflichtung des Eigentümers und des Nießbrauchers bei der Aufnahme eines Verzeichnisses der zu dem Inbegriffe gehörenden Sachen mitzuwirken bestimmt. Dies entspricht dem Interesse, welches beide Teile an der Feststellung haben. Der Anspruch jedes Teiles geht auf das zur Aufnahme des Verzeichnisses erforderliche Tun oder Unterlassen des anderen Teiles. Jeder Teil hat die ihm obliegende Verpflichtung zur Mitwirkung auf seine Kosten zu erfüllen. Die Aufnahme des Verzeichnisses kann sofort nach der Begründung des Nießbrauchs verlangt werden. Ist die Aufnahme zu dieser Zeit unterblieben, so kann sie auch noch später, immer aber nur einmal verlangt werden. Die Erfüllung der Verpflichtung zur Mitwirkung kann nach Maßgabe des § 888 der CPO. im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden.

3. Satz 2. a) Nach Halbsatz 1 ist das Verzeichnis mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von beiden Teilen zu unterzeichnen. Hierdurch wird der Zweck, jedem Teile ein Beweismittel über den Bestand des Inbegriffs zu der bezeichneten Zeit zu geben, erreicht. Durch die Unterzeichnung des Verzeichnisses wird kein Anerkennungsvertrag zwischen den Parteien geschlossen. Es liegt darin nur das Geständnis beider Teile, daß die in dem Verzeichnis als zu dem Inbegriffe gehörend angeführten Sachen zu der darin angeführten Zeit dem Nießbrauch unterliegen. Es wird darin regelmäßig auch das Geständnis des Nießbrauchers zu finden sein, daß er die Sache erhalten habe. Die Beweiskraft des unterzeichneten Verzeichnisses bestimmt sich nach den Grundsätzen über außergerichtliche Geständnisse.

b) Nach Halbsatz 2 kann jeder Teil verlangen, daß die Unterzeichnung öffentlich beglaubigt werde. Die öffentliche Beglaubigung erfolgt nach BGB. § 129, FGG. §§ 167, 191. Die Kosten der Beglaubigung hat nach Satz 4 derjenige zu tragen und vorzuschießen, welcher sie verlangt. Die Beglaubigung hat die Wirkung, daß zwar nicht der Inhalt des Verzeichnisses, aber die Echtheit der Unterschriften durch eine öffentliche Urkunde festgestellt ist.

4. Nach Satz 3 kann jeder Teil verlangen, daß das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird. Der E. I § 1042 wollte dieses Recht nur bei dem Nießbrauch an einem Vermögen und nur dem Eigentümer einräumen. Die zweite Kommission glaubte, daß die Ausdehnung des Rechtes auf alle Inbegriffe und auf den Nießbraucher dem berechtigten Interesse beider Teile entspreche. Der Anspruch jedes Teiles geht auf Duldung der Aufnahme des Verzeichnisses und, soweit erforderlich, auf Mitwirkung zur Aufnahme. Welche Behörden, Beamte oder Notare zuständig sind, bestimmt die Landesgesetzgebung (s. z. B. das preuß. FGG. v. 21. September 1899 Art. 31, 38). Die Notare sind neben den Beamten genannt, um ihre Befugnis auch für diejenigen Gebiete festzustellen, in welchen die Notare nicht als Beamte betrachtet werden. Die Aufnahme kann jederzeit, aber nur einmal verlangt werden. Die Kosten der Aufnahme hat derjenige zu tragen und vorzuschießen, welcher die Aufnahme verlangt (Satz 4).

Durch die Aufnahme des Verzeichnisses von seiten der zuständigen Behörde, des zuständigen Beamten oder Notars wird festgestellt, daß die in dem Verzeichnis aufgeführten Sachen zu der betreffenden Zeit wirklich vorhanden gewesen sind. Nicht festgestellt wird dadurch, daß die Sachen dem Nießbrauch unterliegen. In dieser Beziehung kommt nur das Geständnis der Parteien in Betracht.

5. Der E. I § 993 bestimmte ausdrücklich, daß den Parteien die in Frage kommenden Rechte auch bei dem Nießbrauch an dem Bruchteil eines Inbegriffs zustehen. Von der zweiten Kommission ist diese Vorschrift gestrichen, sie wird aber als sachlich richtig anzuerkennen sein. Die in M. III S. 508 enthaltene Bemerkung, daß die Inventarisierungspflicht des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer selbstverständlich dann wegfalle, wenn eine gemeinschaftliche Benutzung der Sachen durch den Eigentümer und Nießbraucher stattfinde, dürfte dagegen nicht richtig sein, jedenfalls aber dem von dem BGB. eingenommenen Standpunkte gegenüber, nach welchem eine gegenseitige Verpflichtung des Nießbrauchers und des Eigentümers zur Mitwirkung bei der Aufnahme des Verzeichnisses stattfindet, nicht mehr zutreffen, indem auch bei einer gemeinschaftlichen Benutzung beide Teile ein Interesse dabei haben können, die Sachen, auf welche der Nießbrauch sich erstreckt, festzustellen.

6. Entsprechende Vorschriften enthalten die §§ 1372 Abs. 1, 1528 Abs. 1, 2121.

§. 1036. Der Nießbraucher ist zum Besitze der Sache berechtigt.

Er hat bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirthschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zu verfahren.

---

§ 1036.

E. I §§ 984, 991, 994 Satz 1; II § 946 red. § 1020; III § 1019. P. I S. 4506 ff., 4539, 4545, 4550 f.; M. III S. 496 f., 504 ff., 508. P. II Bd. 3 S. 387, 492.

1. **Inhalt und Bedeutung der §§ 1136 ff. im allgemeinen.** Mit dem § 1036 beginnen die Vorschriften, welche das Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer näher bestimmen. Die vom E. I wesentlich abweichende, von der Redaktionskommission der zweiten Kommission beschlossene Anordnung des Stoffes beruht auf dem Gedanken, daß in den §§ 1036—1040 die Rechte des Nießbrauchers und deren Grenzen näher bestimmt werden und dann in den §§ 1041 ff. die Vorschriften über die Verpflichtungen des Nießbrauchers folgen. Aus dieser Anordnung des Stoffes darf aber nicht gefolgert werden, daß der Nießbraucher, wenn er die in den §§ 1036 ff. bestimmten Grenzen seines Rechtes überschreitet, dieserhalb dem Eigentümer nur nach den Vorschriften über die Haftung des Besitzers einer Sache gegenüber dem Eigentümer verpflichtet wäre (§§ 987—993). Der Nießbraucher ist vielmehr dem Eigentümer wegen der Überschreitung der Grenzen nach Maßgabe der besonderen über die Verpflichtung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer geltenden Grundsätze verantwortlich. Er verletzt durch die Überschreitung die ihm kraft des Gesetzes gegenüber dem Eigentümer obliegenden persönlichen Verpflichtungen und hat deshalb im Falle des Verschuldens nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze über die Folgen der Verletzung einer Verpflichtung Schadensersatz zu leisten.

Die Vorschriften der §§ 1036 ff. sind insofern nicht zwingender Natur, als sie abweichenden Vereinbarungen zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher Raum lassen. Dagegen sind abweichende Vereinbarungen zwischen dem Besteller, der nicht Eigentümer ist, und dem Nießbraucher dem Eigentümer gegenüber unwirksam.

2. **Der Abs. 1** stellt das Recht des Nießbrauchers zum Besitze der Sache fest. Dieses Recht folgt aus dem Inhalt und der dinglichen Natur des Nießbrauchs, vermöge deren der Nießbraucher nicht bloß einen Anspruch auf die Nutzungen hat, sondern sie selbst zu ziehen berechtigt ist. Zu diesem Zwecke ist ihm der unmittelbare Besitz der Sache erforderlich. Das Recht auf den Besitz ist ein absolutes, nicht bloß gegen den Eigentümer (vgl. § 986 Abs. 1), sondern gegen jedermann wirkendes. Eine Folgerung hieraus zieht der § 1065, indem er für die Ansprüche des Nießbrauchers im Falle der Beeinträchtigung seines Rechtes die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentume für entsprechend anwendbar erklärt. Der Nießbraucher ist vermittelnder Besitzer, und zwar regelmäßig für den Eigentümer. Sind jedoch der Besteller und der Eigentümer nicht dieselben Personen, so vermittelt der Nießbraucher den mittelbaren Besitz nicht dem Eigentümer, sondern dem Besteller (s. oben S. 61 Erl. 2b α zu § 868). Der Eigentümer kann in solchem Falle auf Grund seines Eigentums die Einräumung des mittelbaren Besitzes von dem Besteller verlangen. Selbstverständlich ist, daß der Nießbraucher nach Maßgabe des § 868 ein Verhältnis begründen kann, infolge dessen ein anderer den unmittelbaren Besitz, er aber nur den mittelbaren Besitz ersten Grades und derjenige, welchem er mittelbaren Besitz vermittelt, einen solchen zweiten Grades hat. In Ermangelung eines solchen Verhältnisses hat er aber immer das Recht auf den unmittelbaren Besitz.

3. **Der Abs. 2 begrenzt das Nutzungsrecht des Nießbrauchers zunächst durch die Bestimmung,** daß die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechterhalten werden muß. Diese Vorschrift kommt hauptsächlich bei Grundstücken in Betracht, weil bei ihnen eine verschiedene wirtschaftliche Bestimmung regelmäßig möglich ist, während bewegliche Sachen ihrer Natur nach meistens nur einer wirtschaftlichen Bestimmung fähig zu sein pflegen. Unter Umständen ist indessen auch bei ihnen eine verschiedene wirtschaftliche Bestimmung möglich. So wird z. B. die wirtschaftliche Bestimmung eines Pferdes als eine verschiedene zu betrachten sein, je nachdem es als Rennpferd, zugerittenes Reitpferd oder Ackerpferd verwendet wird. Grundstücke können als Bauplätze, als Gärten, als Ackergrundstücke, als Wald, als Steinbruch, als Fischteich 2c. benutzt werden und, je nachdem das eine oder andere geschieht, erscheint die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks als eine verschiedene.

§. 1037. Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern.

Der Nießbraucher eines Grundstücks darf neue Anlagen zur Gewinnung von Steinen, Kies, Sand, Lehm, Thon, Mergel, Torf und sonstigen Bodenbestandtheilen errichten, sofern nicht die wirthschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich verändert wird.

Die bisherige wirtschaftliche Bestimmung ist diejenige, welche die Sache bei der Begründung des Nießbrauchs hatte. Diese soll der Nießbraucher aufrechterhalten, d. h. er soll die Sache nur nach Maßgabe dieser wirtschaftlichen Bestimmung und innerhalb der durch sie gegebenen Grenzen benutzen. Überschreitet er diese Grenze, so handelt er nicht mehr kraft seines Nießbrauchsrechts und verletzt die ihm gegenüber dem Eigentümer obliegenden Verpflichtungen (s. unter Nr. 1).

Im Falle des Erwerbes des Nießbrauchs durch Ersitzung kann zweifelhaft sein, welche wirtschaftliche Bestimmung als die bisherige anzusehen ist. Man wird auch hier diejenige wirtschaftliche Bestimmung zugrunde legen müssen, welche die Sache nach der Bestimmung des Eigentümers vor der Ersitzung hatte.

Über eine dem Nießbraucher ausnahmsweise gestattete Änderung der wirtschaftlichen Bestimmung s. § 1037.

4. Die zweite Grenze, welche der Abs. 2 dem Nießbraucher setzt, besteht darin, daß er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren hat. Er darf nur so nutzen, wie es nach diesen Regeln, ohne Rücksicht auf das etwa abweichende bisherige Verfahren des Eigentümers, zulässig ist. Man wird in dieser Vorschrift aber zugleich den Ausdruck einer positiven Verpflichtung zu finden haben. Soweit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft bei der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung der Sache ein bestimmtes Handeln geboten erscheint, ist der Nießbraucher auch hierzu verpflichtet. Er darf ein Grundstück nicht unbebaut liegen lassen, wenn die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft bei der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks zur Gewinnung von Früchten die Bebauung erfordert (vgl. § 1041).

§ 1037.

E. I § 989 Abs. 1 Satz 1, § 994 Satz 2, § 995; II § 947 rev. § 1021; III § 1020. P. I S. 4528 ff., 4559 ff., 4763 ff.; M. III S. 502 ff., 508. P. II Bd. 3 S. 391 f.; Bd. 4 S. 597.

1. Der Abs. 1 ergänzt den schon im § 1036 ausgesprochenen Grundsatz, daß der Nießbraucher die wirtschaftliche Bestimmung der Sache nicht ändern darf. Die Substanz der Sache soll dem Eigentümer so, wie sie bei der Begründung des Nießbrauchs war, unverändert erhalten werden. Der Abs. 1 erklärt deshalb auch eine Umgestaltung oder wesentliche Veränderung, durch welche die wirtschaftliche Bestimmung der Sache nicht geändert wird, für unzulässig. Danach kann z. B. der Umbau eines Wohnhauses, auch wenn die wirtschaftliche Bestimmung, als Wohnhaus zu dienen, unverändert bleibt, eine wesentliche Veränderung enthalten; ebenso die Änderung der Fassung eines Schmuckes. Wann eine Veränderung als Umgestaltung oder wesentliche Veränderung anzusehen ist, bestimmt sich nach der Auffassung des Lebens und der Art der in Frage kommenden Sache.

Im E. I § 995 war bestimmt, daß der Nießbraucher, wenn er Veränderungen vorgenommen habe, zu denen er nicht befugt war, verpflichtet sei, die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand herzustellen. Damit sollte klargestellt werden, daß der Nießbraucher auch dann zu der Wiederherstellung verpflichtet sei, wenn durch die Veränderung kein Schaden entstanden sei. Sachlich war die zweite Kommission hiermit einverstanden; sie strich aber die gedachte Bestimmung, weil sich das Erforderliche schon aus dem Abs. 1 ergebe. Dies wird als richtig anzuerkennen sein (vgl. Erl. 1 zu § 1036).

2. Der Abs. 2 entscheidet den möglichen Zweifel, ob der Nießbraucher **neue Anlagen** der dort gedachten Art zur Gewinnung von Bodenbestandteilen machen darf oder ob darin eine nach Abs. 1 unzulässige Umgestaltung oder wesentliche Veränderung der Sache zu finden ist. Die Entscheidung wird dahin getroffen, daß der Nießbraucher derartige Anlagen zu machen berechtigt ist, soweit dadurch nicht die wirtschaftliche Bestimmung der Sache wesentlich verändert wird. Wann die in einer solchen Anlage immer liegende Veränderung der wirtschaftlichen Bestimmung als eine wesentliche zu betrachten ist, bestimmt sich nach der Art der

§. 1038. Ist ein Wald Gegenstand des Nießbrauchs, so kann sowohl der Eigenthümer als der Nießbraucher verlangen, daß das Maß der Nutzung und die Art der wirthschaftlichen Behandlung durch einen Wirthschaftsplan festgestellt werden. Tritt eine erhebliche Aenderung der Umstände ein, so kann jeder Theil eine entsprechende Aenderung des Wirthschaftsplans verlangen. Die Kosten hat jeder Theil zur Hälfte zu tragen.

Das Gleiche gilt, wenn ein Bergwerk oder eine andere auf Gewinnung von Bodenbestandtheilen gerichtete Anlage Gegenstand des Nießbrauchs ist.

---

betreffenden Sache und der Auffassung des Lebens. Die Errichtung eines Steinbruchs oder einer Anlage zur Gewinnung von Kies, Sand, Lehm, Ton, Mergel oder Torf z. B. auf einem zum Körnerbau oder zur Viehzucht bestimmten Landgut enthält keine wesentliche Veränderung der wirtschaftlichen Bestimmung des Landguts, wenn dieses nach wie vor in der Hauptsache für die gedachten Zwecke geeignet bleibt. Würde dagegen ein Blumengarten, welcher für sich allein den Gegenstand des Nießbrauchs bildet, in eine Anlage der fraglichen Art umgewandelt, so würde dies eine wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Bestimmung und deshalb unzulässig sein.

3. **Sind Anlagen der im Abs. 2 gedachten Art bei der Begründung des Nießbrauchs bereits vorhanden,** so ist der Nießbraucher kraft seines Nutzungsrechts sie auszubeuten berechtigt. Er wird Eigentümer der dadurch gewonnenen Bodenbestandteile, weil diese nach § 99 Abs. 1 zu den Früchten gehören und nach § 954 mit der Trennung in das Eigentum des Nießbrauchers fallen. Der Nießbraucher ist nicht verpflichtet, bei der Benutzung der fraglichen Anlagen dasjenige Maß einzuhalten, in welchem der Eigentümer bisher die Anlagen benutzt hat. Er genügt seiner Verpflichtung, wenn er bei der Benutzung nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfährt (§ 1036 Abs. 2). Eine Modifikation bestimmt der § 1038.

4. Soweit die Gewinnung von Bodenbestandteilen **infolge bergrechtlicher Vorschriften oder infolge der Vorschriften über selbständige Abbaugerechtigkeiten** von Mineralien, die dem Bergrechte nicht unterliegen (EG. Art. 67, 68), dem Eigentümer nicht zusteht, ist auch der Nießbraucher nicht dazu berechtigt. Das Bergwerkseigentum sowie Abbaugerechtigkeiten der gedachten Art können, vorbehaltlich etwaiger abweichender landesgesetzlicher Vorschriften, selbständig Gegenstand des Nießbrauchs sein. Der Nießbraucher erwirbt in solchem Falle das Eigentum, nicht etwa nur den Nießbrauch, an den gewonnenen Bodenbestandteilen mit der Trennung (§ 954). Es ist dabei gleichgültig, ob der Nießbrauch nach den maßgebenden landesgesetzlichen Vorschriften als Nießbrauch an einer Sache oder an einem Rechte zu betrachten ist (§ 99 Abs. 1, 2). Es kommt auch nicht darauf an, ob durch die Benutzung der Anlage die zu gewinnenden Bodenbestandteile mit der Zeit erschöpft werden. Nur zu der Beachtung der Grundsätze einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ist der Nießbraucher verpflichtet. Eine besondere Vorschrift über die Art der Benutzung derartiger Anlagen enthält der § 1038 Abs. 2.

§ 1038.

E. II § 948 rev. § 1022; III § 1021. P. II Bd. 3 S. 392 f.; Bd. 6 S. 242 f.

1. **Zweck und Entstehung des Abs. 1.** Die ordnungsmäßige Bewirtschaftung eines Waldes erfordert nach wirtschaftlichen Grundsätzen die Aufstellung eines Wirtschaftsplans, durch welchen die Art der Bewirtschaftung (ob als Hochwald, Schälwald, Tannen-, Buchen- oder Eichwald ꝛc.) und das Maß der jährlichen Nutzung für längere Zeit im voraus festgestellt wird. Die Aufstellung eines solchen Planes ist an sich Sache des Nießbrauchers, da dieser nach § 1036 für die ordnungsmäßige Bewirtschaftung zu sorgen hat. Um späteren Streitigkeiten vorzubeugen und einerseits sowohl dem Eigentümer die Gewähr für eine ordnungsmäßige Bewirtschaftung zu geben, anderseits den Nießbraucher gegen Ansprüche wegen unrichtiger Bewirtschaftung zu schützen, liegt es im Interesse beider Teile, daß von Anfang an ein für beide bindender Wirtschaftsplan aufgestellt wird. Mit Rücksicht hierauf ist von der zweiten Kommission der Abs. 1 eingestellt.

2. **Voraussetzung des Abs. 1.** Die Vorschrift bezieht sich nur auf einen **Wald**, nicht auf kleine Forstparzellen oder einzelne Baumgruppen. In betreff dieser bleibt es bei dem Rechte und der Verpflichtung des Nießbrauchers, sie nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu nutzen. Unter welchen Voraussetzungen ein Wald anzunehmen ist, bestimmt sich nach

forstwirtschaftlichen Grundsätzen. In Ermangelung einer Einigung der Parteien hat erforderlichenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen das Gericht zu entscheiden.

3. **Inhalt des Abs. 1 Satz 1.** Sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher hat das Recht, die Aufstellung eines Wirtschaftsplans zu verlangen. Wird ein solches Verlangen nicht gestellt, so verbleibt es bei dem Rechte des Nießbrauchers, den Wald nach seinem Ermessen unter Beobachtung der Regeln einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung zu nutzen. Für die Aufstellung des Wirtschaftsplans wird regelmäßig ein Sachverständiger zuzuziehen sein. Einigen sich die Parteien über den Wirtschaftsplan nicht, so wird es zweckmäßig sein, daß sie sich der Entscheidung eines oder mehrerer Sachverständigen unterwerfen. In Ermangelung einer solchen Vereinbarung wird jeder Teil für berechtigt zu erachten sein, die Feststellung des Wirtschaftsplans durch das Gericht zu verlangen. Es handelt sich aber dabei nicht um ein Feststellungsurteil im prozessualischen Sinne. Der Kläger wird vielmehr einen bestimmten Wirtschaftsplan vorzulegen und den Antrag dahin zu stellen haben, daß der Beklagte zur Genehmigung dieses Planes verurteilt werde. Der Beklagte kann Einwendungen gegen den Plan im ganzen oder im einzelnen machen; er kann auch einen anderen Plan verlangen und im Wege der Widerklage die Verurteilung des Klägers zur Genehmigung dieses Planes verlangen. Das Gericht hat dann unter Zuziehung von Sachverständigen zu entscheiden, welcher Wirtschaftsplan nach Maßgabe der Anträge der Parteien festzustellen ist; selbständig einen neuen, den Anträgen der Parteien nicht entsprechenden Wirtschaftsplan aufzustellen, ist das Gericht nicht berechtigt.

4. **Bedeutung des Wirtschaftsplans.** Ist der Wirtschaftsplan durch Vereinbarung unter den Parteien oder durch das Gericht festgestellt, so ist der Nießbraucher verpflichtet, den Plan bei der Bewirtschaftung des Waldes zu befolgen. Verletzt er diese Verpflichtung schuldhafterweise, so ist er dem Eigentümer zum Schadensersatze verpflichtet; der Eigentümer ist aber auch berechtigt, direkt auf Beobachtung des Wirtschaftsplans zu klagen. Wird der Nießbraucher hierzu verurteilt, so bestimmt sich die Zwangsvollstreckung nach CPO. § 888. Wegen der dem Eigentümer weiter zustehenden Rechte s. die §§ 1051—1054. Bewirtschaftet der Nießbraucher den Wald nach Maßgabe des festgestellten Wirtschaftsplans, so genügt er dadurch seiner Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Wirtschaft, und der Eigentümer kann nicht mehr geltend machen, daß der Wirtschaftsplan den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht entspreche.

5. **Abs. 1 Satz 2.** Tritt eine erhebliche Änderung der Umstände ein, so kann jeder Teil eine entsprechende Änderung des Wirtschaftsplans verlangen. Für die Feststellung der Änderung gilt das unter Nr. 3 Gesagte. Ist die Änderung festgestellt, so ist von dem Zeitpunkte der Feststellung an der geänderte Plan nach Maßgabe der unter Nr. 4 dargelegten Grundsätze maßgebend.

6. **Abs. 1 Satz 3.** Die Kosten der Aufstellung des Wirtschaftsplans sowie einer etwaigen Änderung des Planes haben ihrem beiderseitigen Interesse entsprechend der Nießbraucher und der Eigentümer je zur Hälfte zu tragen.

7. **Nach Abs. 2** finden die in betreff eines Waldes gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung, wenn ein Bergwerk oder eine sonstige auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage, z. B. ein Steinbruch, eine Anlage zur Gewinnung von Lehm, Porzellanerde rc., den Gegenstand des Nießbrauchs bildet. Sowohl bei einem Bergwerke wie bei Anlagen der gedachten Art tritt mit der Zeit immer eine vollständige Erschöpfung infolge der Nutzung ein. Der in Fällen dieser Art aufzustellende Wirtschaftsplan kann daher nicht wie bei einem Walde den Zweck haben, die Substanz und die Möglichkeit ihrer dauernden Nutzung für den Eigentümer zu sichern. Der Eigentümer muß sich die allmähliche Erschöpfung gefallen lassen (s. Erl. zu § 1037). Bei der Aufstellung des Wirtschaftsplans wird hier also nur darauf Rücksicht zu nehmen sein, daß der Betrieb in billiger Berücksichtigung beider Teile in solcher Art geführt werde, wie es den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nach der Auffassung des Verkehrs bei Anlagen der fraglichen Art entspricht.

In betreff der Bergwerke und der im EG. Art. 68 bezeichneten Abbaugerechtigkeiten können übrigens die Landesgesetze auf Grund der Vorbehalte der Art. 67, 68 besondere Vorschriften treffen. So darf nach dem preuß. allgemeinen Berggesetz. v. 24. Juni 1865 § 67 der Betrieb nur auf Grund eines von der Bergbehörde geprüften Betriebsplans erfolgen; die Prüfung hat sich aber auf die im § 196 bezeichneten polizeilichen Gesichtspunkte zu beschränken. Nach dem sächs. Berggesetz. v. 16 Juni 1868 § 10 ist der Betriebsplan einzureichen, wenn die Bergbehörde es für erforderlich hält. Vgl. Bd. VI S. 174 Erl. 2 zu Art. 67.

8. **Eine dem § 1038 entsprechende Vorschrift** enthält der § 2123 für das Verhältnis zwischen dem Vorerben und dem Nacherben.

§. 1039. Der Nießbraucher erwirbt das Eigenthum auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider oder die er deshalb im Uebermaße zieht, weil dies in Folge eines besonderen Ereignisses nothwendig geworden ist. Er ist jedoch, unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden, verpflichtet, den Werth der Früchte dem Eigenthümer bei der Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen und für die Erfüllung dieser Verpflichtung Sicherheit zu leisten. Sowohl der Eigenthümer als der Nießbraucher kann verlangen, daß der zu ersetzende Betrag zur Wiederherstellung der Sache insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht.

Wird die Verwendung zur Wiederherstellung der Sache nicht verlangt, so fällt die Ersatzpflicht weg, soweit durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden.

---

§ 1039.

E. I § 988 Abs. 2, 3; II § 949 rev. § 1023; III § 1022. P. I S. 4512 ff.; M. III S. 500 ff. P. II Bd. 3 S. 388 ff., 393 f.; Bd. 6 S. 243.

1. **Werden von der dem Nießbrauch unterliegenden Sache Bestandteile getrennt, die nicht zu den Früchten gehören** (§ 99 Abs. 1), so bleibt der Nießbrauch an ihnen bestehen; so also an den Materialien eines abgebrochenen Hauses. Im E. I § 988 Abs. 1 wurde dies ausdrücklich bestimmt. Von der zweiten Kommission ist diese Bestimmung nur deshalb gestrichen, weil sie für selbstverständlich erachtet wurde (s. oben S. 260 Erl. 1 zu § 953).

2. **Bedeutung des § 1039 im allgemeinen. Werden Bestandteile von der Sache getrennt, die nach § 99 zu den Früchten gehören,** so erwirbt an ihnen der Nießbraucher nach § 954 das Eigentum. Der Begriff der Früchte ist im § 99 lediglich nach objektiven Merkmalen bestimmt. Früchte einer Sache können hiernach auch solche Erzeugnisse und sonstige Bestandteile der Sache sein, die den nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft aus der Sache zu ziehenden Ertrag übersteigen. Das Auseinanderfallen des Begriffs der Früchte und des nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu ziehenden Ertrags kann entweder dadurch eintreten, daß der Nießbraucher jene Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verletzt, daß er also z. B. einen ganzen Wald auf einmal umhauen läßt, oder dadurch, daß die Trennung der Erzeugnisse in einem den ordnungsmäßigen Ertrag übersteigenden Maße ohne den Willen des Nießbrauchers erfolgt, daß z. B. ein Wald ganz oder teilweise durch Sturm umgeweht wird, oder endlich dadurch, daß eine das regelmäßige Maß übersteigende Trennung von Erzeugnissen infolge besonderer Umstände, bei einem Walde z. B. infolge Raupenfraßes, wirtschaftlich geboten wird. Ist nach § 1038 ein Wirtschaftsplan festgestellt, so ist jede Trennung von Bestandteilen, welche dem Plane nicht entspricht, mag sie aus dem einen oder dem anderen der eben hervorgehobenen Gründe erfolgen, als eine im Übermaß erfolgte anzusehen. Nach dem Zwecke des Nießbrauchs soll der Nießbraucher nur diejenigen Nutzungen der Sache beziehen, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind. Den Widerspruch zwischen diesem Zwecke und dem Rechtssatze, daß der Nießbraucher das Eigentum aller zu den Früchten gehörenden Bestandteile der Sache mit deren Trennung erwirbt, löst der § 1039 im Interesse der Rechtssicherheit nicht dadurch, daß der Eigentumserwerb des Nießbrauchers beschränkt wird, sondern dadurch, daß es zwar bei dem Eigentumserwerbe des Nießbrauchers belassen wird (**Abs. 1 Satz 1**), diesem aber zur Ausgleichung eine obligatorische Verpflichtung gegenüber dem Eigentümer auferlegt wird.

3. **Abs. 1 Satz 2.** Die Verpflichtung des Nießbrauchers ist eine doppelte:

a) Er hat dem Eigentümer den Wert der im Übermaße gezogenen Früchte bei der Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen. **Es ist gleichgültig, aus welchem Grunde** die Früchte im Übermaße gezogen sind. Daß der Nießbraucher den Werterſatz erst bei Beendigung des Nießbrauchs zu leisten verpflichtet ist, hat darin seinen Grund, daß ihm bis dahin die Nutzungen zustehen. An die Stelle der Nutzungen der Sache tritt hier die Nutzung des Wertes der im Übermaße gezogenen Früchte.

Der Wert der Früchte bestimmt sich nach der Zeit der Trennung. Im E. I § 988 war dies ausdrücklich bestimmt. Die zweite Kommission hat diesen Satz zwar gestrichen, aber nur deshalb, weil sie an allen Stellen des Entwurfes, in denen der Zeitpunkt bestimmt war, welcher für den Wert maßgebend sein sollte, diese Bestimmung beseitigt hat. Aus der Natur des hier in Frage stehenden Verhältnisses ergibt sich aber, daß hier die Bestimmung des E. I richtig ist.

b) Der Nießbraucher hat dem Eigentümer sofort für die Erfüllung der ihm nach dem unter a Gesagten obliegenden Verpflichtung Sicherheit zu leisten. Die Art, wie diese zu erfolgen hat, bestimmt sich nach den §§ 232ff. Die gerichtliche Verwaltung der dem Nießbrauch unterliegenden Sache nach Maßgabe der §§ 1052, 1054 kann der Eigentümer lediglich deshalb, weil die Sicherheit nicht geleistet wird, nicht verlangen. Möglicherweise kann ein solches Verlangen aber begründet sein, wenn die Ziehung der Früchte im Übermaß auf einem Verschulden des Nießbrauchers beruht (s. Nr. 5) und die Voraussetzungen der gedachten Paragraphen vorliegen.

4. Nach Abs. 1 Satz 3 kann sowohl der Nießbraucher als der Eigentümer verlangen, daß der Betrag des Wertes der im Übermaß gezogenen Früchte insoweit zur Wiederherstellung der Sache verwendet wird, als dies den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Bei der Abholzung eines ganzen Waldes z. B. wird es regelmäßig den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen, daß das abgeholzte Land entweder wieder forstmäßig bestellt oder zum Zwecke der Gewinnung anderer Früchte hergerichtet werde. Der hierzu erforderliche Betrag muß zu diesem Zwecke auf das Verlangen des einen oder anderen Teiles verwendet werden. Der Anspruch des Eigentümers geht dahin, daß der Nießbraucher, der als unmittelbarer Besitzer die Wiederherstellung auszuführen allein in der Lage ist, die Sache, soweit dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht und soweit „der zu ersetzende Betrag" dazu ausreicht, wiederherstellt; für die etwaige Zwangsvollstreckung ist § 887 CPO. maßgebend. Der Anspruch des Nießbrauchers geht dahin, daß der Eigentümer die Verwendung des zu ersetzenden Betrags zur Wiederherstellung duldet. Regelmäßig wird er im Wege der Einrede gegen den Anspruch des Eigentümers auf Sicherheitsleistung für den zu ersetzenden Betrag oder nach der Beendigung des Nießbrauchs gegen den Anspruch auf Ersatz des Betrags geltend gemacht werden. Bestreitet der Eigentümer jedoch von vornherein die Zulässigkeit oder Angemessenheit der vom Nießbraucher beabsichtigten Maßnahmen zur Wiederherstellung, so kann der Nießbraucher mit dem ihm hier gegebenen Anspruche die Zustimmung des Eigentümers zu jenen Maßnahmen verlangen (a. A. die frühreren Auflagen, nach welchen der Eigentümer und der Nießbraucher gemeinschaftlich die Verwendung zu besorgen haben).

Soweit der zu ersetzende Betrag nicht zur Wiederherstellung verwendet wird, verbleibt es bei den unter Nr. 3 angeführten Verpflichtungen.

5. Nach Abs. 2 fällt die dem Nießbraucher nach Nr. 3a obliegende Ersatzpflicht insoweit weg, als durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden. Wenn z. B. der Nießbraucher dadurch, daß er einen ganzen Wald auf einmal abholzt, Früchte zum Werte von 10000 Mark im Übermaße bezogen hat, gleichzeitig aber durch das Abholzen künftig weniger Früchte bezieht, die jährlich einen Wert von 500 Mark gehabt haben würden, so mindert sich in dem sich hieraus ergebenden Verhältnisse der von ihm zu ersetzende Betrag. Wieviel diese Minderung beträgt, hängt davon ab, wie lange der Nießbrauch an der Sache noch dauert. Endigt dieser sofort nach der Ziehung der Früchte, so tritt gar keine Minderung ein, vielmehr hat der Nießbraucher die ganzen 10000 Mark zu ersetzen. Endigt der Nießbrauch nach Ablauf von zehn Jahren, so beläuft sich der Betrag, um welchen seine Nutzungen beeinträchtigt werden, auf 5000. Hiervon werden dann aber noch wieder die Zinsen in Abzug zu bringen sein, welche der Nießbraucher von den 10000 Mark, die er erhalten hat, zu ziehen imstande ist. Diese würden sich, wenn man einen Zinsfuß von vier vom Hundert annimmt, auf jährlich 400, im ganzen also auf 4000 belaufen. Der Betrag, um welchen die Nutzungen des Nießbrauchers beeinträchtigt sind, beläuft sich also auf 5000—4000 = 1000 Mark. Der Nießbraucher braucht also bei Beendigung seines Nießbrauchs nur noch 9000 dem Eigentümer zu ersetzen. Die Sicherheit muß für den ganzen Betrag von 10000 geleistet werden. Der Nießbraucher wird aber für berechtigt zu erachten sein, jedes Jahr eine Herabsetzung der Sicherheit um denjenigen Betrag zu verlangen, um welchen sich der von ihm zu ersetzende Betrag gemindert hat.

§. 1040. Das Recht des Nießbrauchers erstreckt sich nicht auf den Antheil des Eigenthümers an einem Schatze, der in der Sache gefunden wird.

§. 1041. Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirthschaftlichen Bestande zu sorgen. Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören.

Der Wegfall der Ersatzpflicht nach Abs. 2 tritt jedoch nur dann ein, wenn die Verwendung zur Wiederherstellung der Sache nicht verlangt wird, d. h. nur insoweit, als die Ersatzpflicht nicht schon dadurch wegfällt, daß der zu ersetzende Betrag nach Maßgabe des Abs. 1 Satz 3 zur Wiederherstellung verwendet wird.

6. **Verschulden des Nießbrauchers.** Nicht berührt durch die Bestimmungen des § 1039 wird, wie durch die Worte „unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden" im Abs. 1 Satz 2 außer Zweifel gestellt wird, die Verpflichtung des Nießbrauchers, dem Eigentümer vollen Schadensersatz zu leisten, wenn er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider schuldhafterweise Früchte im Übermaße gezogen hat. In solchem Falle können auch die Vorschriften der §§ 1051—1054 zur Anwendung kommen.

§ 1040.

E. I § 990; II § 950 rev. § 1024; III § 1023. P. I S. 4534; M. III S. 504. P. II Bd. 3 S. 392.

Der in einer Sache gefunde Schatz ist keine Frucht der Sache. Deshalb gebührt dem Nießbraucher auch nicht der Anteil des Eigentümers der Sache am Schatze (§ 984). Diese im E. I § 990 Satz 1 ausgesprochenen Folgerung hat die zweite Kommission für selbstverständlich erachtet. Dagegen ist im Anschluß an manche Vorschriften der früheren Gesetze die Vorschrift des § 1040 beibehalten, um den Mißverständnisse vorzubeugen, daß das Recht des Eigentümers auf die Hälfte des Schatzes ein mit dem Eigentume verbundenes subjektiv-dingliches Recht sei und die Nutzung dieses Rechtes daher dem Nießbraucher gebühre.

§ 1041.

E. I §§ 991, 997, 998 Abs. 1; II § 951 rev. § 1025; III § 1024. P. I S. 4541 ff., 4560 ff.; M. III S. 504 f., 510 f. P. II Bd. 3 S. 392.

Die §§ 1041—1046 behandeln die dem Nießbraucher in betreff der Erhaltung der Sache obliegenden Verpflichtungen, und zwar die §§ 1041—1044 die ihm in betreff der Erhaltung der Substanz der Sache, die §§ 1045, 1046 die ihm in betreff der Erhaltung des Wertes durch Versicherung der Sache obliegenden Verpflichtungen.

1. **Satz 1.** Das an die Spitze gestellte Prinzip, daß der Nießbraucher für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen habe, ist keine bloße Folge des im § 1036 aufgestellten Grundsatzes, nach welchem der Nießbraucher die wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren hat. Es wird dem Nießbraucher dadurch vielmehr eine hierüber hinausgehende Verpflichtung auferlegt, diejenigen Handlungen, welche zur Erhaltung der Sache erforderlich sind, auf seine Kosten vorzunehmen. Die Tragweite des Prinzips wird aber durch den Satz 2 und die §§ 1042—1044 sehr eingeschränkt.

Die Verpflichtung des Nießbrauchers, die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten, umfaßt nicht die Verpflichtung, aus den Nutzungen ein Kapital für den Eigentümer anzusammeln, welches zum Ersatze der infolge der Benutzung eintretenden Wertminderung genügt. Die infolge der ordnungsmäßigen Benutzung eintretende Wertminderung hat vielmehr nach § 1050 der Eigentümer zu tragen.

2. **Satz 2.** Die Sorge für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande liegt dem Nießbraucher, wenn zu diesem Zwecke Ausbesserungen oder Erneuerungen erforderlich sind, nur insoweit ob, als diese zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören. Was hierzu gehört, bestimmt sich nach der Auffassung des Verkehrs. Es gehören dahin die im gewöhnlichen Laufe der Dinge von Zeit zu Zeit erforderlich werdenden kleineren Ausbesserungen und Erneuerungen, z. B. das Einsetzen zerbrochener Fenster, die Reparatur schadhafter Stellen des Daches, kleinere Reparaturen einer beweglichen Sache x. Den Gegensatz dazu bilden die in den §§ 1042, 1043 erwähnten außergewöhnlichen Ausbesserungen

§. 1042. Wird die Sache zerstört oder beschädigt oder wird eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung der Sache oder eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich, so hat der Nießbraucher dem Eigenthümer unverzüglich Anzeige zu machen. Das Gleiche gilt, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt.

---

und Erneuerungen. Ein Fall der zu der gewöhnlichen Unterhaltung gehörenden Erneuerung, nämlich des Ersatzes abgängiger Stücke des Inventars eines Landguts, wird im § 1049 noch besonders geregelt. Gleichgültig ist, ob die Ausbesserung oder Erneuerung durch Zufall oder durch das Verschulden des Nießbrauchers oder eines Dritten erforderlich geworden ist.

Unterläßt der Nießbraucher die ihm obliegende Ausbesserung oder Erneuerung, so ist er im Falle eines Verschuldens dem Eigentümer zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Außerdem kann der Eigentümer nach § 1044 von ihm verlangen, daß er ihm die Vornahme der Ausbesserung 2c. gestattet. Eine Klage des Eigentümers auf Vornahme der Ausbesserung durch den Nießbraucher und eine Vollstreckung des darauf ergehenden obsiegenden Urteils nach § 887 CPO. erscheint daneben zwar nicht ausgeschlossen, aber praktisch bedeutungslos.

§ 1042.

E. I §§ 996, 998 Abs. 2; II § 952 rev. § 1026; III § 1025. P. I S. 4560 ff., 4598 f.; M. III S. 508 ff., 511. P. II Bd. 3 S. 392.

Der § 1042 **bestimmt** die Verpflichtungen, welche dem Nießbraucher zum Zwecke der Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand obliegen, soweit es sich nicht um die zur gewöhnlichen Unterhaltung gehörenden Ausbesserungen und Erneuerungen handelt. Die Verpflichtung des Nießbrauchers beschränkt sich hier darauf, dem Eigentümer unverzüglich Anzeige von solchen Tatsachen zu machen, welche ein Einschreiten des Eigentümers erforderlich oder zweckmäßig machen können.

1. **Die Fälle, in welchen der Nießbraucher dem Eigentümer Anzeige zu machen verpflichtet ist, sind folgende:**

a) wenn die Sache zerstört oder beschädigt wird. Es ist gleichgültig, durch welche Ursache die Zerstörung oder Beschädigung herbeigeführt ist. Ist sie durch den Nießbraucher selbst verschuldet, so bleibt selbstverständlich seine Verpflichtung zum Schadensersatz unberührt; er hat aber auch in diesem Falle dem Eigentümer Anzeige zu machen und haftet, sofern durch die verschuldete Unterlassung der Anzeige noch ein weiterer Schaden entstanden ist, auch für diesen. Ist die Beschädigung der Sache von solcher Art, daß ihre Ausbesserung möglich ist und nach § 1041 dem Nießbraucher obliegt, so wird die Anzeige wenigstens dann nicht zu erfordern sein, wenn der Nießbraucher die Ausbesserung rechtzeitig und ordnungsmäßig vornimmt;

b) wenn eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung der Sache erforderlich ist. Wann eine Ausbesserung oder Erneuerung als außergewöhnlich zu betrachten ist, bestimmt sich nach der Auffassung des Verkehrs. Es gehören dahin z. B. bei Gebäuden die sog. Hauptreparaturen. Den Gegensatz dazu bilden die im § 1041 erwähnten Ausbesserungen und Erneuerungen, die zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören (Erl. 2 zu § 1041). Selbstverständlich bleibt auch hier neben der Verpflichtung zur Anzeige, die Verpflichtung des Nießbrauchers bestehen, dem Eigentümer die Kosten der außergewöhnlichen Ausbesserung oder Erneuerung zu ersetzen, wenn diese durch ein Verschulden des Nießbrauchers, insbesondere auch, wenn sie dadurch erforderlich geworden ist, daß der Nießbraucher die ihm nach § 1041 obliegenden zur gewöhnlichen Unterhaltung gehörenden Ausbesserungen und Erneuerungen schuldhafterweise nicht rechtzeitig vorgenommen hat. Vgl. über die Bewirkung außergewöhnlicher Ausbesserungen §§ 1043, 1044;

c) wenn eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich ist. Dahin gehören z. B. Vorkehrungen zum Schutze eines Grundstücks gegen Beschädigung durch Wasser, wenn die Gefahr einer solchen durch Veränderung der Meeresströmung oder des Flußlaufs entstanden ist. Die Voraussetzung, daß die Gefahr nicht vorausgesehen ist, wird als gegeben anzusehen sein, wenn der Eigentümer sie nicht vorausgesehen hat; dieser wird sich indessen nicht darauf berufen können, daß er die Gefahr nicht vorhergesehen hat, wenn sie bereits zur Zeit der Begründung des Nießbrauchs bei gehöriger Aufmerksamkeit vorhergesehen werden mußte;

d) wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt, d. h. wenn er ein ihm nicht zustehendes Recht, z. B. eine Grunddienstbarkeit, in Anspruch nimmt. Es dürfte nicht erforderlich sein, daß der Dritte das von ihm beanspruchte Recht tatsächlich ausübt oder auszuüben versucht; das Wort „anmaßen" umfaßt vielmehr auch das bloß wörtliche Inanspruchnehmen des Rechtes. Auch der Zweck der Vorschrift dürfte für diese Auslegung sprechen, da auch unter Umständen die bloß wörtliche Anmaßung eines Rechtes es für den Eigentümer geraten machen kann, für seine Sicherung Vorsorge zu treffen. Der Nießbraucher kann kraft seines dinglichen Rechtes sich und die Sache selbst gegen ein angemaßtes Recht schützen; daneben bleibt aber immer seine Verpflichtung zur Anzeige an den Eigentümer bestehen. Eine Verpflichtung des Nießbrauchers sein eigenes Recht gegen den Dritten geltend zu machen, besteht gegenüber dem Eigentümer nicht.

2. **Die Anzeige ist** ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft oder doch eine Rechtshandlung, auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte anwendbar sind. Die §§ 130—132 finden daher Anwendung.

3. Die Anzeige muß **unverzüglich**, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, erfolgen (s. Bd. I S. 217f. Erl. 1, 4 zu § 121).

4. **Hat der Nießbraucher die ihm obliegende Anzeigepflicht verletzt**, so ist er, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, dem Eigentümer den durch die Unterlassung der Anzeige entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet.

Die Beweislast gestaltet sich folgendermaßen: Der Eigentümer hat die tatsächlichen Voraussetzungen zu beweisen, unter welchen der Nießbraucher zur Anzeige verpflichtet ist, und den Schaden darzutun, welcher ihm durch die Unterlassung der Anzeige entstanden ist. Dem Nießbraucher steht dagegen der Beweis zu, daß er die Anzeige gemacht habe oder daß ihn in betreff der Unterlassung ein Verschulden nicht treffe. Daß der Nießbraucher Kenntnis von den tatsächlichen Voraussetzungen gehabt habe, braucht der Eigentümer nicht zu beweisen, weil die Anzeigepflicht hier nicht von der Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen, wie im Falle des § 121 der Lauf der Anfechtungsfrist von der Kenntnis des Anfechtungsgrundes, abhängig gemacht ist; vielmehr ist es Sache des Nießbrauchers nachzuweisen, daß er ohne sein Verschulden keine Kenntnis von den tatsächlichen Voraussetzungen erlangt habe. Ob hierzu der Nachweis genügt, daß der Nießbraucher nicht im Besitze der Sache gewesen sei, hängt davon ab, ob ihm der Umstand, daß er nicht im Besitze gewesen, zum Verschulden anzurechnen ist oder nicht.

5. **Haftung Dritter.** Ist die Sache von einem Dritten zerstört oder beschädigt und ist dieser deshalb nach §§ 823ff. zum Schadensersatze verpflichtet, so hat sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher einen selbständigen Schadensersatzanspruch gegen den Dritten. In der ersten Kommission war ein Antrag gestellt, welcher bezweckte, das Verhältnis dahin zu regeln, daß der Eigentümer den Anspruch auf Ersatz des vollen Wertes der Sache oder der Wertminderung habe, und daß dem Nießbraucher an diesem Anspruch unter gewissen Maßgaben der Nießbrauch zustehe, wobei ihm aber etwaige weitere Schadensersatzansprüche vorbehalten sein sollten. Der Antrag wurde abgelehnt, weil man davon ausging, daß eine solche Regelung zwar häufig, aber doch nicht immer passen würde und daß es deshalb richtiger sei, nicht durch positive Vorschriften einzugreifen. Grundsätzlich hat daher der Eigentümer wie der Nießbraucher den Ersatz des ihm erwachsenen Schadens zu fordern, der Eigentümer also den Wert der Sache nach Abzug des Wertes des Nießbrauchs, der Nießbraucher den Wert des Nießbrauchs. Nicht ausgeschlossen ist aber, daß im einzelnen Falle der Eigentümer und der Nießbraucher zusammen die Ersatzleistung in der oben bezeichneten Weise verlangen können. Macht jeder den ihm zustehenden Ersatzanspruch selbständig geltend, so gelten für die Wirkung des rechtskräftigen Urteils und für die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten die allgemeinen Grundsätze.

6. **Enteignung.** Ist auf Grund eines Reichsgesetzes dem Eigentümer einer Sache wegen der im öffentlichen Interesse erfolgenden Entziehung, Beschädigung oder Benutzung der Sache, oder wegen Beschränkung des Eigentums eine Entschädigung zu gewähren, so bestimmt sich, falls ein Nießbrauch an der Sache besteht, die Entschädigung des Nießbrauchers nach den Vorschriften des EG. Art. 52, 53. Dasselbe gilt nach EG. Art. 109, wenn die Entziehung auf Grund eines Landesgesetzes erfolgt und dieses nicht etwas anderes bestimmt (s. Bd. VI S. 147ff., 228ff., Erl. zu Art. 52, 53, 109). Vgl. auch das Ges., betr. die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen, v. 21. Dezember 1871 und EG. Art. 54, Bd. VI S. 150 Erl. zu Art. 54.

§. 1043. Nimmt der Nießbraucher eines Grundstücks eine erforderlich gewordene außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung selbst vor, so darf er zu diesem Zwecke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft auch Bestandtheile des Grundstücks verwenden, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören.

---

§ 1043.

E. I § 990 Abs. 1; II § 953 rev. § 1027; III § 1026. P. I S. 4566 f.; M. III S. 511 f. P. II Bd. 3 S. 392; Bd. 6 S. 244 f.

1. **Vornahme außergewöhnlicher Ausbesserungen.** Weder der Nießbraucher noch der Eigentümer ist verpflichtet, eine erforderlich gewordene außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung vorzunehmen. Der Nießbraucher ist dazu aber berechtigt. Nimmt er die Erneuerung oder Ausbesserung selbst vor, so sind für die Frage, ob er dafür von dem Eigentümer Ersatz verlangen kann, die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag maßgebend (§ 1049). Auch steht ihm das im § 1043 bestimmte Recht zu. Will der Nießbraucher die Ausbesserung oder Erneuerung nicht selbst vornehmen, so ist er verpflichtet, dem Eigentümer die Vornahme zu gestatten (§ 1044).

2. Der **§ 1043** gewährt dem Nießbraucher eines Grundstücks für den Fall, daß er eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung selbst vornimmt, das über sein regelmäßiges Nutzungsrecht hinausgehende Recht, Bestandteile der Sache selbst für die Ausbesserung oder Erneuerung zu verwenden.

Voraussetzungen dieses Rechtes sind:

α) daß die außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung erforderlich ist. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft;

β) daß die Verwendung von Bestandteilen des Grundstücks, welche nicht zu den dem Nießbraucher gebührenden Früchten gehören, sich innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hält. Daß der Nießbraucher Bestandteile des Grundstücks, die zu den ihm gebührenden Früchten gehören, zu dem fraglichen Zwecke verwenden kann, versteht sich von selbst. Tut er dies, so liegt eine Verwendung auf die Sache vor, für die der Nießbraucher unter den im § 1049 bestimmten Voraussetzungen Ersatz verlangen kann. Hier handelt es sich nur um Bestandteile, die nicht zu den dem Nießbraucher gebührenden Früchten gehören, also z. B. um Steine oder Lehm, welche aus dem Grundstücke gewonnen werden, wenn dieses nicht zu der Gewinnung solcher Bestandteile bestimmt ist (§§ 1036, 1037). Auch solche Erzeugnisse des Grundstücks gehören hierher, die zwar zu den Früchten gehören, die aber dem Nießbraucher deshalb nicht gebühren, weil sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Nutzungen zu ziehen waren, z. B. Bäume, welche nach diesen Regeln nicht oder noch nicht gefällt werden durften. Dagegen bezieht sich die Vorschrift nicht auf Früchte oder sonstige Bestandteile des Grundstücks, die weder dem Nießbraucher noch dem Eigentümer gebühren, sondern einem Dritten.

Nur innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft darf der Nießbraucher Bestandteile der gedachten Art verwenden. Unter ordnungsmäßiger Wirtschaft wird im § 1043 etwas anderes verstanden als im § 1036. In dem letzteren sollen durch die Bezugnahme auf die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft die Nutzungen bestimmt werden, die dem Nießbraucher gebühren. Hier werden Bestandteile vorausgesetzt, welche dem Nießbraucher nicht gebühren. Unter den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft sind hier also die Grenzen zu verstehen, welche der Eigentümer bei der Verwendung von Bestandteilen der fraglichen Art zu erforderlich gewordenen außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen bei ordnungsmäßiger Wirtschaft einzuhalten hat. Hiernach würde z. B. die Verwendung von Steinen oder Lehm, die aus dem Grundstücke gewonnen werden können, zulässig sein, wenn dadurch das Grundstück nicht in unverhältnismäßiger Weise geschädigt wird; ebenso regelmäßig die Verwendung von Bäumen, die zwar bei ordnungsmäßiger Benutzung noch nicht abgehauen werden würden, aber doch zum Abhauen bestimmt sind und sich zu dem fraglichen Zwecke eignen. Außerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft würde es aber z. B. liegen, wenn die Zierbäume eines Parkes abgehauen würden, um mit dem so gewonnenen Holze das Dach eines Hauses auszubessern.

§. 1044. Nimmt der Nießbraucher eine erforderlich gewordene Ausbesserung oder Erneuerung der Sache nicht selbst vor, so hat er dem Eigenthümer die Vornahme und, wenn ein Grundstück Gegenstand des Nießbrauchs ist, die Verwendung der im §. 1043 bezeichneten Bestandtheile des Grundstücks zu gestatten.

---

b) Liegen die unter Nr. 2 gedachten Voraussetzungen vor, so bedarf der Nießbraucher zu der in der Verwendung der fraglichen Bestandteile liegenden Änderung der Substanz der Sache der Zustimmung des Eigentümers nicht. Er ist dazu kraft seines dinglichen Rechtes befugt und dem Eigentümer zum Ersatze des Wertes der verwendeten Bestandteile nicht verpflichtet. Anderseits wird er aber auch nicht berechtigt sein, von dem Eigentümer unter dem Gesichtspunkt einer Verwendung Ersatz dafür zu fordern, daß er die Nutzungen der verwendeten Bestandteile, die ihm sonst als Nießbraucher gebühren würden, infolge der Verwendung entbehrt.

§ 1044.

E. I § 998 Abs. 2, § 999 Abs. 2; II § 954 rev. § 1028; III § 1027. P. I S. 4560 ff.; M. III S. 510 f. P. II Bd. 3 S. 392; Bd. 6 S. 244 f.

1. **Vornahme von Ausbesserungen durch den Eigentümer.** Dem Interesse, welches der Eigentümer daran hat, daß die erforderlichen Ausbesserungen und Erneuerungen vorgenommen werden, wird für den Fall, daß der Nießbraucher sie nicht selbst vornimmt, dadurch Rechnung getragen, daß dem Nießbraucher die Verpflichtung auferlegt wird, dem Eigentümer die Vornahme der Ausbesserungen und Erneuerungen zu gestatten. Die Anerkennung dieser Verpflichtung war notwendig, weil in der Vornahme der Ausbesserung ꝛc. durch den Eigentümer eine Störung des Besitzes des Nießbrauchers und daher, wenn sie ohne den Willen, d. h. ohne die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Nießbrauchers, erfolgt, eine verbotene Eigenmacht liegt (§ 858 und Erl. 1 a dazu). Als Gegenstand der hier fraglichen Gestattungspflicht ergibt sich hiernach die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung zur Vornahme der Ausbesserung durch den Eigentümer. Daraus folgt, daß der Eigentümer nicht auf die Erklärung der Gestattung zu klagen braucht, in welchem Falle für die Vollstreckung der § 994 CPO. maßgebend sein würde, mithin, wie auch in den früheren Auflagen angenommen worden ist, die Rechtskraft des Urteils abgewartet werden müßte, daß er vielmehr auf Duldung der Vornahme klagen und das obsiegende Urteil nach § 890 CPO. vollstrecken lassen kann.

Der Eigentümer wird außer der Notwendigkeit der Ausbesserung oder Erneuerung auch zu beweisen haben, daß der Nießbraucher diese nicht selbst vornimmt. Durch eigene Vornahme der Ausbesserung wird der Nießbraucher aber selbst nach seiner Verurteilung zur Duldung der Vornahme durch den Eigentümer die Zwangsvollstreckung noch abwenden können.

Das hier fragliche Recht steht dem Eigentümer nicht nur bei außergewöhnlichen, sondern auch bei den gewöhnlichen, dem Nießbraucher nach § 1041 obliegenden Ausbesserungen und Erneuerungen zu. Hat der Nießbraucher Ausbesserungen und Erneuerungen der letztgedachten Art schuldhafterweise unterlassen, so bleibt er dem Eigentümer, auch wenn dieser sie vornimmt, zum Schadensersatze verpflichtet. Der Betrag des zu ersetzenden Schadens wird regelmäßig mindestens in dem Betrage der von dem Eigentümer für die Ausbesserung oder Erneuerung aufgewendeten Kosten bestehen, soweit diese erforderlich waren. Die Kosten außergewöhnlicher Reparaturen kann der Eigentümer von dem Nießbraucher nicht ersetzt verlangen, da die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag in dem vorausgesetzten Falle auch dann nicht als vorliegend werden angesehen werden können, wenn auch der Nießbraucher von der Ausbesserung oder Erneuerung Vorteil hat.

2. **Verwendung von Grundstücksbestandteilen durch den Eigentümer.** Ist der Gegenstand des Nießbrauchs ein Grundstück, so kann der Eigentümer, wenn er, nach dem unter Nr. 1 Gesagten von dem Nießbraucher die Gestattung einer Ausbesserung oder Erneuerung verlangen kann, auch verlangen, daß der Nießbraucher ihm die Verwendung der in dem § 1043 bezeichneten Bestandteile des Grundstücks gestatte. Nur solche Bestandteile kommen hier in Betracht, die nicht zu den dem Nießbraucher gebührenden Früchten gehören, und auch die Gestattung zur Verwendung dieser Bestandteile kann der Eigentümer nur insoweit fordern, als deren Verwendung zu dem fraglichen Zwecke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft liegt (s. Erl. 2 a β zu § 1043). Dagegen ist die Befugnis des Eigentümers, abweichend von der des Nießbrauchers nach § 1043, nicht auf die Vornahme außergewöhnlicher

§. 1045. Der Nießbraucher hat die Sache für die Dauer des Nießbrauchs gegen Brandschaden und sonstige Unfälle auf seine Kosten unter Versicherung zu bringen, wenn die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht. Die Versicherung ist so zu nehmen, daß die Forderung gegen den Versicherer dem Eigenthümer zusteht.

Ist die Sache bereits versichert, so fallen die für die Versicherung zu leistenden Zahlungen dem Nießbraucher für die Dauer des Nießbrauchs zur Last, soweit er zur Versicherung verpflichtet sein würde.

Ausbesserungen und Erneuerungen beschränkt. Dies weicht zwar von dem sachlich gebilligten E. I § 999 Abs. 2 ab, rechtfertigt sich aber dadurch, daß die gewöhnlichen Ausbesserungen 2c. nicht dem Eigentümer, sondern dem Nießbraucher zur Last fallen.

3. Schadensersatzpflicht des Nießbrauchers. Verweigert der Nießbraucher die Gestattung der Ausbesserung oder Erneuerung oder kommt er damit in Verzug, so ist er dem Eigentümer den dadurch entstehenden Schaden, insbesondere denjenigen Schaden zu ersetzen verpflichtet, welcher dadurch entsteht, daß die Ausbesserung oder Erneuerung infolge der Versagung oder Verzögerung der Gestattung größere Kosten erfordert oder ganz unmöglich wird.

§ 1045.

E. I §§ 1001, 1003 Ziff. 4; II § 955 rev. § 1029; III § 1028. P. I S. 4573 ff., 4602 ff.; M. III S. 513 f., 518. P. II Bd. 3 S. 396 ff.; Bd. 6 S. 243 f.

J. Gierke, Der Versicherungsvertrag beim Nießbrauch im BGB., Jherings Jahrb. 40 S. 341 ff.

1. **Die §§ 1045, 1046 enthalten** die Vorschriften, welche die Verpflichtung des Nießbrauchers bestimmen, dem Eigentümer für den Fall des Unterganges oder der Beschädigung der Sache den Wert der Sache zu erhalten. Eine solche Verpflichtung liegt ihm nur ob, soweit für die Erhaltung des Wertes der Sache durch Versicherung gesorgt werden kann, und nur unter den im § 1045 näher bezeichneten Voraussetzungen.

2. **Abs. 1. a) Die Voraussetzung, unter welcher der Nießbraucher die dem Nießbrauch unterliegende Sache gegen Unfälle zu versichern hat,** besteht darin, daß die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht **(Satz 1).** Besonders hervorgehoben ist die Versicherung gegen Brandschaden. Im E. I § 1001 war die Versicherung von Gebäuden gegen Feuersgefahr dem Nießbraucher unbedingt zur Pflicht gemacht. Von der zweiten Kommission wurde auch für eine solche Versicherung die allgemeine Voraussetzung, daß sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspreche, festzuhalten beschlossen. Man ging davon aus, daß diese Voraussetzung in dem fraglichen Falle zwar regelmäßig vorliegen werde, daß aber ausnahmsweise, insbesondere bei Nebengebäuden, die Umstände so liegen könnten, daß das Vorliegen der gedachten Voraussetzung, verneint werden müsse. Regelmäßig wird auch die Versicherung von beweglichen Sachen, welche sich in Gebäuden befinden, einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen. Ob es genügt, die Sache gegen denjenigen Brandschaden zu versichern, welcher sie in dem Gebäude, in welchem sie sich befindet, trifft, oder ob die Versicherung so zu nehmen ist, daß die Sache, auch wenn sie vorübergehend aus dem Gebäude entfernt ist, versichert bleibt, ob ferner auch andere Sachen als Gebäude und die in solchen befindlichen beweglichen Sachen gegen Brandschaden zu versichern sind, läßt sich nicht allgemein bestimmen, sondern hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Dasselbe gilt in betreff der Frage, gegen welche andere Unfälle als Brandschaden die Versicherung zu nehmen ist. In Betracht kommt z. B. die Versicherung der Fensterscheiben gegen Hagelschlag, die Versicherung gegen Diebstahl, die Versicherung von Vieh gegen Seuchen 2c. Die Entscheidung wird wesentlich davon abhängen, inwieweit eine Versicherung der fraglichen Art möglich und üblich ist. In letzterer Beziehung kann die Frage für die verschiedenen Teile von Deutschland oder auch für Stadt und Land verschieden beantwortet werden müssen.

b) Gegenstand der Versicherungspflicht ist die dem Nießbrauch unterliegende Sache **(Satz 1)** mit allen ihren dem Nießbrauch unterliegenden Bestandteilen und Zubehörstücken, mit Ausschluß also insbesondere der im § 95 bezeichneten Sachen und der getrennten Erzeugnisse, die nach § 98 Nr. 2 Zubehör, aber nach § 954 Eigentum des Nießbrauchers sind (Gierke S. 358 ff.).

Bis zur Trennung sind die natürlichen Früchte wesentliche Bestandteile der Sache. Nach dem Wortlaute des Satz 1 erstreckt sich also die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Versicherung auch auf sie. Man wird auch seine Verpflichtung zur Versicherung der noch ungetrennten Früchte, z. B. gegen Hagelschaden, nicht deshalb verneinen können, weil sich die Versicherungspflicht des Nießbrauchers auf die Substanz der Sache beschränke und weil die fragliche Versicherung nur das Interesse des Nießbrauchers berühre (so die früheren Auflagen und Endemann Bd. 1 § 104 A. 14); namentlich trifft letzteres wegen der Ungewißheit der Dauer des Nießbrauchs nicht zu. Die in Rede stehende Verpflichtung des Nießbrauchers dürfte daher mit Gierke S. 434 ff. und Biermann Erl. 1 zu § 1045 anzuerkennen sein.

c) **Der Inhalt der Verpflichtung** geht dahin, die Sache für die Dauer des Nießbrauchs auf seine Kosten unter Versicherung zu bringen **(Satz 1).**

α) Die Verpflichtung, die Sache unter Versicherung zu bringen, umfaßt sowohl die Verpflichtung zur Neuversicherung als auch die zur Weiterversicherung. Über die Art der Versicherung s. zu d.

β) Nur auf die Dauer des Nießbrauchs erstreckt sich die Verpflichtung. Wird die Versicherung, wie dies wohl regelmäßig zu geschehen pflegt, für eine bestimmte Zeit genommen, und endigt der Nießbrauch vor dem Ablaufe dieser Zeit, so ist die Versicherung für die spätere Zeit nach den Grundsätzen zu beurteilen, welche für eine Versicherung für fremde Rechnung in solchen Fällen gelten, in welchen eine Verpflichtung des Versicherers zu der Versicherung nicht besteht.

γ) Auf seine Kosten hat der Nießbraucher die Versicherung zu bewirken, d. h. er hat nicht nur die durch den Abschluß der Versicherung entstehenden Kosten aus eigenen Mitteln zu tragen, sondern aus diesen auch die laufenden Prämien (Beiträge) zu zahlen (vgl. Gierke S. 367 f., der die letztere Verpflichtung aus § 1046 Abs. 1 verb. mit § 1068 Abs. 1, § 1041 herleitet). Die Verpflichtung zur Zahlung der Prämien liegt dem Nießbraucher nicht nur gegenüber dem Eigentümer ob, sondern er muß sie für die Dauer des Nießbrauchs auch dem Versicherer gegenüber übernehmen; auch dies gehört zum Inhalte der im Satz 1 bestimmten Verpflichtung (a. A. Gierke S. 391 ff.).

Hat der Nießbraucher die Versicherung noch über die Zeit des Nießbrauchs hinaus genommen, so bestimmt sich seine Verpflichtung gegenüber dem Versicherer nach dem mit diesem geschlossenen Vertrage. Seine Rechte und Pflichten gegenüber dem Eigentümer bestimmen sich für diese Zeit nach dem zwischen ihnen bestehenden besonderen Verhältnis, insbesondere also danach, ob der Nießbraucher bei der Versicherungsnahme für diese Zeit als Beauftragter oder Geschäftsführer ohne Auftrag für den Eigentümer gehandelt hat.

d) Der Nießbraucher hat die Versicherung **in der Art** zu bewirken, **daß die Forderung gegen den Versicherer dem Eigentümer zusteht (Satz 2),** d. h. so, daß er die Zahlung der Versicherungssumme an den Eigentümer mit der Wirkung ausbedingt, daß dieser unmittelbar den Anspruch auf die Zahlung erwirbt, mithin durch Abschluß eines Vertrags zugunsten des Eigentümers nach Maßgabe der §§ 328, 333—335 (vgl. hierzu Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 553). Die Ansicht Gierkes S. 394 ff., daß der Nießbraucher der im Satz 2 bestimmten Verpflichtung zwar auf diesem Wege genügen könne, regelmäßig aber durch Abschluß des Versicherungsvertrags als direkter Stellvertreter des Eigentümers genügen werde, hat eine dahin gehende Vertretungsmacht des Nießbrauchers zur Voraussetzung; eine solche Vertretungsmacht besteht aber nicht. Gierkes gegenteilige Ansicht geht von der nach dem oben (c γ) Bemerkten unrichtigen Annahme aus, daß der Nießbraucher nur die Beiträge zu zahlen, nicht aber dem Versicherer gegenüber sich zur Zahlung zu verpflichten habe, und daher befugt sein müsse, eine Verpflichtung zur Zahlung für den Eigentümer zu begründen (gegen ihn auch Biermann Erl. 1 zu § 1045). Neben den §§ 328 ff. kommen hier aber noch die besonderen Vorschriften des Versicherungsrechts über die Versicherung für fremde Rechnung in Betracht. Die Voraussetzung der Zulässigkeit einer solchen werden hier, weil der Nießbraucher zugunsten des Eigentümers zu versichern verpflichtet ist, immer vorliegen. Die Versicherung ist für den ganzen Wert der Sache ohne Rücksicht auf den daran bestehenden Nießbrauch zu nehmen. Hieraus in Verbindung mit den nach § 1046 dem Nießbraucher an der Versicherung gegen den Versicherer zustehenden Rechten ergibt sich, daß durch die Versicherung regelmäßig sowohl das Interesse des Eigentümers als das des Nießbrauchers gedeckt wird. (Näheres bei Gierke S. 368, 377 ff.). Dem Nießbraucher ist es indessen unbenommen, gegen einen Schaden, der durch die ihm nach § 1046 zustehenden Rechte nicht vollständig gedeckt wird, eine besondere Versicherung zu nehmen.

§. 1046. An der Forderung gegen den Versicherer steht dem Nießbraucher der Nießbrauch nach den Vorschriften zu, die für den Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung gelten.

Tritt ein unter die Versicherung fallender Schaden ein, so kann sowohl der Eigenthümer als der Nießbraucher verlangen, daß die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht. Der Eigenthümer kann die Verwendung selbst besorgen oder dem Nießbraucher überlassen.

---

e) **Unterläßt der Nießbraucher die ihm obliegende Versicherung,** so kann der Eigentümer von ihm nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Mit diesem Anspruche kann er insbesondere, wenn er die Versicherung, die der Nießbraucher hätte nehmen müssen, seinerseits genommen hat, von dem Nießbraucher die Übernahme der Versicherung verlangen. Er kann aber ferner, wenn er die Beiträge für die von ihm genommene Versicherung gezahlt hat, auch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung Erstattung fordern. Auf die Forderung aus der von ihm genommenen Versicherung finden aber die Vorschriften des § 1046, solange der Nießbraucher nicht in die Versicherung eingetreten ist, keine Anwendung (a. A. Gierke S. 441 f.; Biermann Erl. 3 zu § 1045).

3. **Abs. 2.** War die Sache bei dem Beginne des Nießbrauchs bereits von dem Eigentümer unter Versicherung gebracht, so fallen die für eine solche Versicherung zu leistenden Zahlungen für die Dauer des Nießbrauchs dem Nießbraucher zur Last, wenn und soweit der Nießbraucher eine Versicherung dieser Art, falls sie von dem Eigentümer noch nicht genommen wäre, seinerseits zu nehmen verpflichtet gewesen sein würde (s. oben Erl. 2 a; Gierke S. 371 f.). Es handelt sich hierbei nur um eine Verpflichtung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer. Dem Versicherer gegenüber wird er nicht verpflichtet; dieser hat einen Anspruch nur gegen den Eigentümer nach Maßgabe des Versicherungsvertrags.

4. **Durch eine von dem Eigentümer während des Bestehens des Nießbrauchs genommene Versicherung** wird der Nießbraucher, abgesehen von dem unter 2 e erwähnten Falle, in Ermangelung einer besonderen Vereinbarung weder dem Versicherer noch dem Eigentümer gegenüber verpflichtet.

§ 1046.

E. I § 1002; II § 956 rev. § 1030; III § 1029. P. I S. 4594 ff., 4769; M. III S. 514 f. P. II Bd. 3 S. 396 ff.

Zweck. Durch die Versicherung der dem Nießbrauch unterliegenden Sache soll sowohl das Interesse des Eigentümers als das des Nießbrauchers gesichert werden. Der Zweck wird dadurch erreicht, daß der Nießbraucher an der dem Eigentümer zustehenden Forderung gegen den Versicherer den Nießbrauch nach Maßgabe der im § 1046 getroffenen Vorschriften erhält.

1. **Abs. 1. Gegenstand des Nießbrauchs.** Dem Nießbrauch unterliegt die dem Eigentümer zustehende Forderung gegen den Versicherer sowohl dann, wenn sie auf einer nach § 1045 Abs. 1 von dem Nießbraucher genommenen Versicherung, als auch dann, wenn sie auf einer von dem Eigentümer selbst vor dem Beginne des Nießbrauchs genommenen Versicherung beruht (§ 1045 Abs. 2). Voraussetzung für beide Fälle ist, daß die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprach. Dies dürfte im Zweifel anzunehmen sein, wenn die Versicherung nach § 1045 Abs. 1 von dem Nießbraucher für den Eigentümer genommen wurde. In dem zweiten Falle wird es als von beiden Teilen stillschweigend anerkannt anzusehen sein, wenn der Nießbraucher die für die Versicherung zu leistenden Zahlungen an den Eigentümer oder mit dessen Einverständnis an den Versicherer macht. Liegt die gedachte Voraussetzung nicht vor, so entsteht ein Nießbrauch des Nießbrauchers an der Forderung gegen den Versicherer nicht; das Verhältnis bestimmt sich lediglich nach dem Inhalte des mit dem Versicherer geschlossenen Vertrags und nach den Grundsätzen des Versicherungsrechts.

2. **Abs. 1. Entstehung des Nießbrauchs.** Der Nießbrauch an der Forderung gegen den Versicherer entsteht, falls der Nießbraucher die Versicherung auf Grund der ihm nach § 1045 Abs. 1 obliegenden Verpflichtung genommen hat, kraft des Gesetzes mit der Begründung der Forderung, falls der Eigentümer die Versicherung vor der Entstehung des Nießbrauchs

genommen hatte und die im § 1045 Abs. 2 bestimmte Voraussetzung vorliegt, mit der Begründung des Nießbrauchs. Nach dem E. I § 1002 Abs. 1 sollte dem Wortlaute nach dem Nießbraucher erst dann, wenn ein die Zahlungspflicht des Versicherers begründender Unfall eintrete, der Nießbrauch an dem Anspruch auf die Versicherungsgelder zustehen; ebenso auch noch nach E. II § 956 Abs. 1. Durch die jetzige dem E. II rev. § 1030 Abs. 1 entsprechende Fassung wird klargestellt, daß der Nießbrauch auch schon vor dem Eintritte des die Zahlungspflicht begründenden Unfalls, und zwar in dem oben angegebenen Zeitpunkt, entsteht (ebenso Gierke S. 399f., 404). Bei der Versicherung durch den Nießbraucher wird übrigens wohl regelmäßig in dem Versicherungsvertrage selbst das vorliegende Rechtsverhältnis erwähnt werden.

3. **Abs. 1. Wirkung des Nießbrauchs.** Dem Nießbraucher steht der Nießbrauch an der Forderung gegen den Versicherer nach den Vorschriften zu, die für den Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung gelten. Hierbei ergibt sich Folgendes:

a) Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Forderung in ihrem wirtschaftlichem Bestande zu sorgen (**§ 1068 Abs. 2** verb. mit § 1041), mithin das dazu Erforderliche zu tun, z. B. die nötigen Anzeigen zu erstatten, und das den Bestand der Forderung Gefährdende zu unterlassen (Gierke S. 370f., 373).

b) Auf das Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Versicherer finden die Vorschriften entsprechende Anwendung, die im Falle der Übertragung der Forderung des Eigentümers gegen den Versicherer für das Verhältnis zwischen dem neuen Gläubiger und dem Versicherer gelten (**§ 1070** i. V. mit §§ 406ff.). Insbesondere muß also der Nießbraucher ein zwischen dem Versicherer und dem Eigentümer in Ansehung der Forderung aus der Versicherung vorgenommenes Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Versicherer zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts das Recht des Nießbrauchers kannte (§ 407). Diese Kenntnis wird bei einer von dem Nießbraucher genommenen Versicherung immer vorliegen, während sie bei einer von dem Eigentümer vor der Entstehung des Nießbrauchs genommenen Versicherung eines besonderen Beweises bedarf. Regelmäßig wird aber der Beweis der Kenntnis von dem Bestehen des Nießbrauchs an der Sache genügen, und dieser wird bei Gebäuden nach der entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 1128 Abs. 2 a. E. durch die Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch ersetzt (Gierke S. 407f.).

c) Die Forderung gegen den Versicherer kann nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben oder geändert werden. Die Zustimmung ist gegenüber demjenigen zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt, regelmäßig also gegenüber dem Versicherer; sie ist unwiderruflich (**§ 1071**).

d) Der Nießbrauch an der Forderung gegen den Versicherer endigt:

α) durch die Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Gläubiger, daß er den Nießbrauch aufgebe;

β) dadurch, daß der Nießbrauch und die Forderung in derselben Person zusammentreffen, sofern nicht der Gläubiger ein Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs hat (**§ 1072** i. V. mit §§ 1063, 1064);

γ) dadurch, daß der Nießbrauch an der versicherten Sache endigt;

δ) durch Aufhebung der Forderung (s. aber unter b).

e) Der Versicherer kann, sofern nicht die Versicherungsbedingungen ein anderes ergeben, die Versicherungssumme nur an den Nießbraucher und an den Eigentümer gemeinschaftlich zahlen. Jeder von beiden kann verlangen, daß die Zahlung an beide gemeinschaftlich erfolge, oder statt dessen, daß der Betrag für beide hinterlegt werde (§ 1076, **§ 1077 Abs. 1**). Beide Teile sind, wenn die Forderung fällig ist, einander verpflichtet, zu der Einziehung mitzuwirken (§ 1076, **§ 1078 Satz 1**).

f) Der Nießbraucher und der Eigentümer sind einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß die eingezogenen Versicherungsgelder nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Nießbraucher der Nießbrauch an der dadurch begründeten Forderung bestellt werde. Die Art der Anlegung bestimmt der Nießbraucher (§§ 1076, **1079**). Über die nach Abs. 2 eintretende Modifikation dieser Vorschrift s. Nr. 4.

4. **Abs. 2 Satz 1.** Durch die Vorschrift des Abs. 2 Satz 1 erleiden die unter Nr. 3 angeführten Vorschriften insofern eine Modifikation, als sowohl der Eigentümer wie der Nießbraucher verlangen kann, daß die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht.

Die Wiederherstellung einer Sache kommt in Betracht, wenn diese beschädigt ist, bei Gebäuden oder anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werken auch dann, wenn sie vollständig zerstört sind. Die Beschaffung eines Ersatzes wird nur in Frage kommen, wenn bewegliche Sachen, die zu einem Inbegriffe, z. B. zu dem Inventar eines Landguts, gehören, durch den Unfall, gegen welchen versichert ist, vollständig zerstört sind.

Die Frage, ob die Wiederherstellung oder die Beschaffung eines Ersatzes einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht, kann verschieden beantwortet werden, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Nießbrauchers oder auf den Standpunkt des Eigentümers stellt. Ist z. B. ein Wohnhaus durch Brand beschädigt, so kann es vom Standpunkte des Nießbrauchers aus, der bei der Wiederherstellung des Hauses darin eine seinen Verhältnissen entsprechende Wohnung findet, einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung zu verwenden, während es vom Standpunkte des Eigentümers aus, der das Haus nach Beendigung des Nießbrauchs abbrechen und den Platz anderweit benutzen will, einer ordnungsmäßigen Wirtschaft mehr entsprechen würde, die Versicherungssumme verzinslich zu belegen und das Haus vollständig abzubrechen. Umgekehrt kann das Verhältnis auch so liegen, daß der Nutzen, welchen der Nießbraucher im Falle der verzinslichen Belegung der Versicherungssumme durch die Zinsen bezieht, größer ist als der Nutzen, den er bei der Wiederherstellung der Sache oder bei der Beschaffung eines Ersatzes durch die Benutzung der Sache ziehen könnte, daß von seinem Standpunkt aus daher die verzinsliche Belegung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen würde, während vom Standpunkte des Eigentümers aus die Verwendung des Geldes zur Wiederherstellung oder Ersatzbeschaffung als das wirtschaftlich richtige betrachtet werden muß. Regelmäßig wird wohl das Interesse des Nießbrauchers für die Wiederherstellung sprechen, weil ihm wenigstens bei längerer Dauer des Nießbrauchs die Substanz der Sache selbst mittelbar dadurch zugute kommt, daß er für die Abnutzung der Sache keinen Ersatz zu leisten braucht (§ 1050). Aus der möglichen Verschiedenheit des Interesses beider Beteiligten dürfte sich ergeben, daß bei der Entscheidung der Frage, ob die Wiederherstellung oder die Beschaffung eines Ersatzes einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht, nicht von den besonderen Verhältnissen eines der beiden Beteiligten ausgegangen werden darf, und die Frage nicht etwa dann schon bejaht werden kann, wenn sie von dem Standpunkte des einen oder des anderen aus zu bejahen ist. Man wird anderseits aber auch um die Frage zu bejahen, nicht unbedingt fordern können, daß sie sowohl von dem Standpunkte des einen wie von dem Standpunkte des anderen aus bejaht werden muß. Bei einem Widerstreite der Interessen beider Beteiligten dürfte es vielmehr der Absicht des Gesetzes am meisten entsprechen, bei der Entscheidung lediglich danach zu fragen, was ohne Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Eigentümers oder Nießbrauchers in betreff der vorliegenden Sache, der Art der Beschädigung und bei dem Betrage der zu Gebote stehenden Versicherungsgelder nach allgemeinen Grundsätzen als das wirtschaftlich zweckmäßige erscheint, in dem hervorgehobenen Beispielsfall also, ob das beschädigte Gebäude sich in einer dem Zwecke entsprechenden Weise mit den Versicherungsgeldern wiederherstellen läßt, und ob eine solche Wiederherstellung sich unter Berücksichtigung des unbeschädigt gebliebenen Teiles des Gebäudes als wirtschaftlich zweckmäßig erweist. Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache zu zahlen, so kommt es darauf, ob diese Verwendung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht, nicht weiter an (Gierke S. 416).

5. Abs. 2 Satz 2. Liegen die unter Nr. 4 bezeichneten Voraussetzungen vor, so steht die Verwendung der Versicherungsgelder zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes dem Eigentümer zu. Das Verhältnis ist hier also abweichend sowohl vom § 1039 Abs. 1 Satz 3 als auch von den §§ 1043, 1044 geordnet, nach welchen der Eigentümer eine erforderlich gewordene außergewöhnliche Ausbesserung nur dann vornehmen darf, wenn der Nießbraucher sie nicht vornimmt. Die Regelung weicht auch ab von der Bestimmung des § 1079 Satz 2, nach welcher der Nießbraucher über die Art der Anlegung des zurückgezahlten Kapitals zu bestimmen hat. Der Grund dieser Abweichung liegt darin, daß in betreff der hier zu entscheidenden Fragen das Interesse des Eigentümers als das vorwiegende betrachtet wird. Da die Versicherungsgelder dem Eigentümer und dem Nießbraucher gemeinschaftlich ausbezahlt werden, so kann der Eigentümer nicht ohne weiteres darüber verfügen. Der Nießbraucher ist aber verpflichtet, seine Einwilligung zu der Verwendung für den fraglichen Zweck zu geben und diese Einwilligung kann erforderlichenfalls durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden (CPO. § 894).

Hat der Eigentümer einen Ersatz für die zerstörte Sache beschafft, so fragt es sich, ob die zum Ersatze beschaffte Sache sofort mit der Beschaffung dem Nießbrauch unterworfen wird. Da

§. 1047. Der Nießbraucher ist dem Eigenthümer gegenüber verpflichtet, für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluß der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwerth der Sache gelegt anzusehen sind, sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen.

---

mit der Begründung des Nießbrauchs an der beschafften Sache auch die dem Nießbraucher als solchem obliegenden Verpflichtungen eintreten, so dürfte es richtiger sein, den Nießbrauch mit dem Zeitpunkt entstehen zu lassen, in welchem dem Nießbraucher die Sache übergeben und von ihm angenommen wird. Das Verhältnis wird so zu beurteilen sein, wie wenn der Eigentümer verpflichtet wäre, an der beschafften Sache den Nießbrauch zu begründen. Verweigert der Nießbraucher ohne genügenden Grund die Annahme, so treten die Folgen des Verzugs der Annahme ein.

Der Eigentümer kann die Verwendung der Versicherungsgelder, statt sie selbst vorzunehmen, dem Nießbraucher überlassen. Es kann zweifelhaft sein, ob, wenn der Eigentümer dies tut, der Nießbraucher verpflichtet ist, die Verwendung zu dem fraglichen Zwecke vorzunehmen. Für die Bejahung dieser Frage dürfte sprechen, daß andernfalls die ausdrückliche Bestimmung, daß der Eigentümer die Verwendung dem Nießbraucher überlassen könne, keinen rechten Sinn haben würde, indem es selbstverständlich ist, daß der Eigentümer dem Nießbraucher mit dessen Einwilligung die Verwendung gestatten kann.

§ 1047.

E. I § 1003 Nr. 1—3; II § 957 rev. § 1031; III § 1030. P. I S. 4572 ff.; M. III S. 515 ff. P. II Bd. 3 S. 399; Bd. 6 S. 244 f.

1. **Grundgedanke. Bedeutung im allgemeinen.** Die Vorschrift des § 1047, nach welcher der Nießbraucher die darin bezeichneten, auf der Sache ruhenden Lasten zu tragen hat, beruht auf dem Gedanken, daß dem Nießbraucher die Nutzungen der Sache nur insoweit gebühren, wie sie bei ordnungsmäßiger Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind. Als Ertrag sind bei ordnungsmäßiger Wirtschaft die Nutzungen aber nur nach Abzug der auf der Sache ruhenden regelmäßig aus den Nutzungen zu bestreitenden Lasten anzusehen.

Die im § 1047 getroffene Regelung bezieht sich nur auf das Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer. Wer von ihnen die Lasten gegenüber demjenigen zu tragen hat, welcher die Berichtigung derselben zu fordern berechtigt ist, bestimmt sich nach den für die Lasten geltenden Vorschriften (vgl. z. B. für Steuern Entsch. des preuß. OVG. 41 S. 95). Hat der Eigentümer Lasten berichtigt, welche nach § 1047 dem Nießbraucher obliegen, so kann er von diesem Ersatz fordern. Die Vorschriften des § 1047 sind übrigens nur dispositiver Natur. Als solche gelten sie sowohl für bewegliche Sachen wie für Grundstücke, haben aber praktische Bedeutung nur im wesentlichen für die letzteren.

2. **Der Nießbraucher hat zu tragen:**

a) die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten. Welche dies sind, bestimmt sich nach dem öffentlichen Rechte. Es gehören dahin sowohl die an den Staat als auch die an die Gemeinden und andere Kommunalverbände zu entrichtenden Lasten; insbesondere die Grundsteuer und Gebäudesteuer. Ob dahin auch die an kirchliche Gemeinschaften zu entrichtenden Lasten zu rechnen sind, hängt davon ab, ob sie als öffentliche Lasten zu betrachten sind.

Von der Regel gilt eine Ausnahme für die außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind. Ob die letztgedachte Voraussetzung zutrifft, ist aus der Art und Weise zu entnehmen, in welcher die Last angelegt ist, insbesondere daraus, ob ihr Betrag nach dem Werte der Sache oder nur nach dem Werte ihrer Nutzungen berechnet wird. Die Voraussetzung trifft also zu bei der preußischen Ergänzungssteuer und regelmäßig bei den Hundesteuern. Trotzdem fallen diese Lasten nicht unter die Ausnahme, weil bei ihnen die zweite Voraussetzung, daß die Last eine außerordentliche ist, fehlt. Als außerordentliche Lasten der fraglichen Art werden z. B. regelmäßig Zwangsanleihen und die bei der Regulierung von Straßen zu entrichtenden Lasten anzusehen sein. Die Ausnahme entspricht der Vorschrift, daß der Nießbraucher die erforderlichen außergewöhnlichen Ausbesserungen

und Erneuerungen nicht zu tragen hat, geht aber insofern weiter, als der Nießbraucher auch die außerordentlichen Lasten dann zu tragen hat, wenn sie nicht als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind (s. Erl. zu § 995).

Die Verpflichtung zur Tragung der öffentlichen Lasten mit der gedachten Ausnahme trifft den Nießbraucher ohne Rücksicht darauf, ob die Lasten bereits bei der Begründung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten oder ob sie erst später darauf gelegt sind;

b) die auf der Sache ruhenden privatrechtlichen Lasten, diese jedoch nur insoweit, als sie schon bei der Begründung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten. Bei rechtsgeschäftlicher Begründung des Nießbrauchs ist der Zeitpunkt entscheidend, in welchem der Nießbrauch als dingliches Recht begründet wurde (§ 873), nicht der Zeitpunkt des auf Begründung des Nießbrauchs gerichteten obligatorischen Vertrags. Ist in der Zwischenzeit zwischen dem obligatorischen und dem dinglichen Rechtsgeschäft eine privatrechtliche Last auf die Sache gelegt, so regelt sich die Frage, ob der Nießbraucher deshalb einen Anspruch gegen den Eigentümer hat, nach dem zwischen ihnen auf Grund des obligatorischen Vertrags bestehenden Rechtsverhältnisse. Im Falle eines Kaufes des Nießbrauchs entscheiden die §§ 434 ff. Beruhte die Bestellung des Nießbrauchs auf einem Vermächtnisse, so sind die §§ 2174, 2176 maßgebend. Der mit dem Vermächtnisse Belastete ist dem Vermächtnisnehmer gegenüber nicht berechtigt, die vermachte Sache zu belasten. Der Nießbraucher ist ihm gegenüber daher auch nicht verpflichtet, solche Lasten zu tragen.

Ist der Nießbrauch durch Ersitzung begründet, so ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem die Ersitzung vollendet ist.

Zu den privatrechtlichen Lasten gehören alle Reallasten und reallastartigen Verpflichtungen. Gleichgültig ist, ob es sich um periodisch wiederkehrende Leistungen handelt oder um Leistungen, die nur bei dem Eintritte besonderer Ereignisse zu entrichten sind. Auch die letzteren hat der Nießbraucher zu tragen, sofern nicht ein anderes vereinbart ist.

In betreff der im § 1047 besonders hervorgehobenen Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden sowie der auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen ist folgendes zu bemerken:

α) Der E. I § 1003 unterschied zwischen den privatrechtlichen Lasten und Abgaben, die unter Nr. 2 aufgeführt waren, und den unter Nr. 3 aufgeführten Zinsen von Hypothekenforderungen und Grundschulden. Hiernach war es klar, daß unter den privatrechtlichen Lasten und Abgaben nicht auch die sich auf das Hypotheken- oder Grundschuldkapital beziehende Verpflichtung mitverstanden wurde. Nach dem Begriffe, welchen das BGB. mit einer privatrechtlichen Belastung verbindet, könnte man hierunter auch die das Kapital betreffende Belastung und bei Rentenschulden die Belastung mit der Zahlung des Ablösungskapitals mitverstehen. Dies ist indessen unzweifelhaft nicht beabsichtigt. Die veränderte Fassung, welche die Vorschrift in dem § 1047 erhalten hat, beruht zwar auf der Auffassung, daß auch die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld als eine privatrechtliche Belastung anzusehen ist, läßt aber doch dadurch, daß nur die Zinsen von Hypothekenforderungen und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Renten hervorgehoben werden, erkennen, daß nur die Zinsen und Renten, nicht aber das Kapital als privatrechtliche Lasten im Sinne des § 1047 betrachtet werden. Die Zahlung des Kapitals liegt dem Nießbraucher daher nicht ob; er hat auch nicht, wie nach preußischem Rechte, die Verpflichtung, für die Anschaffung des Kapitals zu sorgen. Bezahlt der Nießbraucher das Kapital, so kann er von dem Eigentümer, nach den Vorschriften über Verwendungen (§ 1049), Ersatz fordern. Bezahlt der Eigentümer das Kapital, so wird er von dem Nießbraucher nach den Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit Ersatz fordern können, als der Nießbraucher durch die Zahlung von der Verpflichtung, die Zinsen und Renten zu bezahlen, befreit ist.

β) Auch für die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden gilt die Vorschrift, daß der Nießbraucher die privatrechtlichen Lasten nur insoweit zu tragen hat, als sie schon bei der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten. Nur soweit die Verzinslichkeit bereits bei der Bestellung des Nießbrauchs bestand, braucht daher der Nießbraucher die Zinsen zu zahlen. Die Ansicht von Dernburg Bd. 3 S. 551 § 188 Nr. 5, daß hiervon eine Ausnahme für den Fall gelte, daß auf Grund des § 1119 für eine unverzinsliche oder zu einem geringeren Zinssatz als fünf vom Hundert verzinsliche Hypothek Zinsen bis zu fünf vom Hundert zwischen dem Eigentümer und dem Hypothekengläubiger vereinbart würden, dürfte sich nicht rechtfertigen lassen. Der § 1119 gestattet eine solche Vereinbarung zwar, ohne daß es der Zu-

stimmung nachstehender Berechtigter bedarf, aber hieraus kann eine Verpflichtung des Nießbrauchers, die erst nach der Bestellung des Nießbrauchs vereinbarten Zinsen zu zahlen, nicht gefolgert werden; und ebensowenig läßt sich dies durch die Hinweisung darauf rechtfertigen, daß eine solche Zinserhöhung als wirtschaftlich geboten anzusehen sei.

Auch Verzugszinsen braucht der Nießbraucher nicht zu tragen, sofern der Verzug nicht bereits bei der Bestellung des Nießbrauchs eingetreten war.

γ) Keine Ausnahme von der fraglichen Regel findet statt, wenn die Hypothek eine Sicherungshypothek ist (§ 1184). Zweifelhaft aber ist, ob nicht bei einer nach Maßgabe des § 1190 bestellten Hypothek (einer sog. Kautionshypothek) ein anderes gilt. Es läßt sich dafür geltend machen, daß in Fällen dieser Art die Zinsen wirtschaftlich nach der Auffassung des Verkehrs nicht als eine Last angesehen werden, die aus dem Ertrage des verpfändeten Grundstücks zu bestreiten ist. Nach Dernburg (a. a. O.) soll deshalb die Verpflichtung des Nießbrauchers erst eintreten, wenn die Hypothek in eine feste und verzinsliche verwandelt ist (ebenso Fuchs, Grundbuchrecht, S. 309 Erl. 2b zu § 1047). In M. III S. 516 wird anerkannt, daß bei einer Hypothek der hier fraglichen Art die Verhältnisse anders liegen als bei der gewöhnlichen Hypothek. Eine Ausnahme wird aber nicht bestimmt; es wird vielmehr darauf hingewiesen, daß es in Fällen solcher Art Sache der Parteien sei, das Erforderliche durch Vereinbarung zu bestimmen. Dieser Standpunkt dürfte als der richtige anzusehen sein. Die gesetzliche Regel gilt auch für Hypotheken der hier fraglichen Art; bei vertragsmäßiger Begründung des Nießbrauchs wird indessen unter Umständen eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien dahin angenommen werden können, daß die Zinsen einer solchen Hypothek nicht von dem Nießbraucher getragen werden sollen.

δ) Zweifelhaft ist, wie das Verhältnis beurteilt werden muß, wenn die Hypothek oder Grundschuld als Gesamthypothek oder Gesamtgrundschuld außer auf dem dem Nießbrauch unterliegenden Grundstück auch noch auf anderen Grundstücken ruht. In M. III S. 517 wird auch für diesen Fall auf die Vereinbarung der Parteien verwiesen und scheint also angenommen zu werden, daß in Ermangelung einer solchen Vereinbarung der Nießbraucher die ganzen Zinsen zu tragen hat (ebenso Biermann zu § 1048). Fuchs (Grundbuchrecht S. 309 Erl. 2b zu § 1047) will unterscheiden, ob die Hypothek oder Grundschuld im Interesse des dem Nießbrauch unterliegenden Grundstücks aufgenommen worden sei oder nicht. In P. II Bd. 3 S. 399 ist bemerkt, daß hier der E. II § 363 (jetzt § 420) anzuwenden sei. Hiernach würden also der Nießbraucher und die Eigentümer der mitverhafteten Grundstücke die Zinsen zu gleichen Teilen zu tragen haben. Eine Verteilung der Zinsen auf die sämtlichen mitverhafteten Grundstücke dürfte in der Tat dem Verhältnisse des Nießbrauchers zu dem Eigentümer am meisten entsprechen; aber dem Wesen der Gesamthaft und den für diese in anderen Beziehungen gegebenen Vorschriften dürfte es mehr entsprechen, daß die Zinsen von dem Nießbraucher und dem Eigentümer der mitverhafteten Grundstücke nicht zu gleichen Teilen, sondern nach Verhältnis des Wertes der verhafteten Grundstücke getragen werden.

ε) Keine Ausnahme wird gemacht für Eigentümerhypotheken und Eigentümergrundschulden. Bei diesen gebühren die Zinsen dem Eigentümer nur, wenn auf Antrag eines anderen Gläubigers die Zwangsverwaltung des Grundstücks verfügt ist, und nur für deren Dauer. Hieraus scheint gefolgert werden zu müssen, daß der Eigentümer, da ihm die Zinsen nur in dem gedachten Falle gebühren, sie auch von dem Nießbraucher nicht fordern kann. Dies dürfte aber doch mit dem Wesen und der wirtschaftlichen Natur der Eigentümergrundschuld und der Eigentümerhypothek nicht vereinbar sein. Die fragliche Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß die Zinsen aus dem Ertrage des Grundstücks zu entrichten sind, und daß der Eigentümer, der selbst den Ertrag des Grundstücks zieht, sie deshalb nicht von sich selbst fordern kann. Besteht aber ein Nießbrauch an dem Grundstücke, so zieht der Nießbraucher den Ertrag des Grundstücks, und diesem Verhältnis entspricht es, daß er die Zinsen an den Eigentümer zu zahlen hat. Es würde sich nicht rechtfertigen lassen, wenn der Umstand, daß eine verzinsliche Grundschuld oder Hypothek vielleicht nur ganz vorübergehend in der Hand des Eigentümers ist, den Nießbraucher für diese Zeit von der Verpflichtung, die Zinsen zu bezahlen, befreien sollte (ebenso M. III S. 517; P. II Bd. 3 S. 399).

c) Nicht zu den privatrechtlichen Lasten, welche auf dem Grundstücke ruhen, gehören die Zinsen einer durch Vormerkung gesicherten Forderung, weil die Vormerkung eine dingliche Belastung des Grundstücks wenigstens in dem hier fraglichen Sinne nicht begründet.

d) Ist eine dem Nießbrauch unterliegende bewegliche Sache für eine verzinsliche Forderung verpfändet, so fragt sich, ob der Nießbraucher, ebenso wie er die

§. 1048. Ist ein Grundstück sammt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs, so kann der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft verfügen. Er hat für den gewöhnlichen Abgang sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen; die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigenthum desjenigen, welchem das Inventar gehört.

Uebernimmt der Nießbraucher das Inventar zum Schätzungswerthe mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung des Nießbrauchs zum Schätzungswerthe zurückzugewähren, so finden die Vorschriften der §§. 588, 589 entsprechende Anwendung.

Hypotheken- und Grundschuldzinsen zu entrichten hat, auch die Zinsen der Forderung tragen muß. Durch die Fassung des E. I § 1003 war dies unzweifelhaft ausgeschlossen (M. III S. 517). Durch die Änderung, welche die Fassung des E. I erfahren hat, ist sachlich in dieser Beziehung eine Änderung nicht beabsichtigt. Man kann zwar auch die Pfandlast als eine privatrechtliche Last der Sache betrachten, wirtschaftlich aber werden die Zinsen einer Forderung, für welche die Sache als Pfand haftet, nicht als eine aus dem Ertrage der Sache zu berichtigende Last angesehen. Dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt wird bei der Auslegung der Vorschriften des § 1047 hier wie in anderen Beziehungen maßgebend sein müssen, und der Nießbraucher kann deshalb nicht für verpflichtet erachtet werden, die Zinsen einer solchen Forderung zu bezahlen.

3. **Nur für die Dauer des Nießbrauchs** hat der Nießbraucher die im § 1047 bezeichneten Lasten zu tragen. Die Verteilung bestimmt sich nach § 103. Die regelmäßig wiederkehrenden Lasten hat der Nießbraucher daher nach Verhältnis der Dauer des Nießbrauchs, andere Lasten dann zu tragen, wenn sie während des Nießbrauchs fällig werden.

§ 1048.

E. I § 1000; II § 958 rev. § 1032; III § 1031. P. I S. 4568 ff.; M. III S. 512 f. P. II Bd. 3 S. 396.

1. **Zweck und Inhalt im allgemeinen.** Der § 1048 trifft besondere Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Nießbrauchers für den Fall, daß ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs ist. Das Inventar des Grundstücks, insbesondere also bei einem Landgute die zum Wirtschaftsbetriebe bestimmten Geräte, Vieh ꝛc., ist Zubehör des Grundstücks (s. § 98 Nr. 2). Der Inbegriff von Sachen, welche das Inventar bilden, unterliegt nicht als solcher dem Nießbrauche (s. Erl. 1 zu § 1035); vielmehr sind es nur die einzelnen zu dem Inventar gehörenden Sachen, an welchen der Nießbrauch besteht. Aber die wirtschaftliche Bestimmung dieser Sachen, als ein Inbegriff dem wirtschaftlichen Zwecke des Landguts zu dienen, erfordert eine besondere Gestaltung des Nießbrauchs an ihnen (s. über den sog. Dispositionsnießbrauch im bisherigen Rechte Kohler in Jherings Jahrb. 24 S. 187 ff., bes. S. 221 ff., 302 ff.). Der Abs. 1 trifft die erforderlichen Vorschriften für den Fall, daß eine besondere Vereinbarung unter den Parteien nicht getroffen ist, der Abs. 2 für den Fall, daß der Nießbraucher das Inventar für den Schätzungswert unter der Verpflichtung, es zum Schätzungswerte zurückzugewähren, übernommen hat. Denkbar ist auch eine Vereinbarung der Parteien, nach welcher das Inventar oder einzelne Teile davon dem Nießbrauche nach den Vorschriften über verbrauchbare Sachen unterliegen soll; in solchem Falle finden die Vorschriften des § 1067 Anwendung (s. Erl. zu § 1067).

2. **Abs. 1. Grundgedanken. Übersicht.** Bei der im Abs. 1 getroffenen Regelung wird davon ausgegangen, daß bei einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nach dem Zwecke und der Natur des Inventars ein Wechsel der einzelnen das Inventar bildenden Stücke in der Art erforderlich ist, daß einzelne bisher zu dem Inventar gehörende Stücke aus diesem ausscheiden und damit auch der Nießbrauch an ihnen erlischt, während andere Stücke dem Inventar einverleibt und damit auch dem Nießbrauch unterworfen werden. Ein solcher Wechsel kann erforderlich werden entweder, weil einzelne Stücke abgängig werden, d. h. für den Zweck, welchem sie dienen sollen, nicht mehr geeignet sind, oder deshalb, weil die Stücke, obwohl sie nicht abgängig sind, doch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft veräußert und durch andere ersetzt werden müssen. Ein Fall der letzteren Art kann z. B. vorliegen bei Vieh, das zum Zwecke des Verkaufs gemästet wird. Um dem sich hieraus ergebenden Bedürfnisse zu

genügen, werden im Abs. 1 einerseits Vorschriften gegeben, welche die Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers über das regelmäßige Maß hinaus erweitern, anderseits Bestimmungen, welche dem Nießbraucher besondere Verpflichtungen auferlegen. Daran schließt sich zur Sicherung des Eigentümers und der Hypothekengläubiger (vgl. § 1120) eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Vorschrift über den Eigentumserwerb an den neu angeschafften Stücken.

a) Satz 1. Der Nießbraucher kann über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen. Er wird nicht etwa Eigentümer der Stücke, aber er hat kraft seines dinglichen Rechtes die Macht, wirksam über die Stücke zu verfügen. Das Verhältnis ist in dieser Beziehung ähnlich wie bei dem Pfandgläubiger, der, obwohl er nicht Eigentümer des Pfandes ist, doch kraft seines Pfandrechts wirksam darüber verfügen kann. Jede Art der Verfügung ist dem Nießbraucher gestattet. Praktisch in Betracht wird regelmäßig nur die Veräußerung kommen. Voraussetzung des Rechtes zu verfügen ist, daß die Verfügung innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft liegt. Wann dies der Fall ist, ergibt sich aus dem oben Gesagten. Zweifelhaft ist, welche Folgen eintreten, wenn der Nießbraucher verfügt hat, ohne daß jene Voraussetzung wirklich vorliegt. Nach der einen Ansicht hängt die Wirksamkeit der Verfügung davon ab, daß sie innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft liegt, nach der anderen Ansicht macht die Überschreitung der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft die Verfügung nicht unwirksam, sondern verpflichtet den Nießbraucher nur zum Schadensersatze (so Biermann, Erl. 1 zu § 1048; Fuchs, Grundbuchrecht Erl. 1 zu § 1048). Weder die eine noch die andere dieser Ansichten dürfte richtig sein. Es handelt sich hier um eine ähnliche Frage wie die im Bd. I S. 122 Erl. 2 zu § 49 erörterte Frage, ob die Wirksamkeit der von den Liquidatoren eines aufgelösten Vereins vorgenommenen Rechtsgeschäfte davon abhängt, daß sie innerhalb der durch § 49 bestimmten Grenzen liegen. Die Entscheidung wird hier in demselben Sinne wie dort, also dahin erfolgen müssen, daß die von dem Nießbraucher über ein Inventarstück vorgenommene Verfügung zugunsten des Dritten, dem gegenüber sie vorgenommen ist, Wirksamkeit erlangt, wenn sie ihrem Inhalte nach innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft liegen kann, sofern sie nicht im einzelnen Falle jene Grenzen überschreitet und dies dem Dritten bekannt war oder bekannt sein mußte (zustimmend Dernburg Bd. 3 S. 552 A. 18).

b) Satz 2 Halbs. 1. Der Nießbraucher ist dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, abgängige Stücke sowie solche Stücke, über welche er nach dem unter a Gesagten wirksam verfügt hat, durch andere geeignete Stücke zu ersetzen. Es wird hier also eine zur gewöhnlichen Erhaltung gehörende und deshalb nach § 1041 dem Nießbraucher auf seine Kosten obliegende Erneuerung angenommen.

c) Satz 2 Halbs. 2. Die von dem Nießbraucher auf Grund der ihm obliegenden Verpflichtung (s. unter b) neu angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Eigentümers des Inventars.

Einverleibung in das Inventar liegt vor, wenn die angeschafften Stücke in ein ihrem wirtschaftlichen Zwecke entsprechendes räumliches Verhältnis zu dem Grundstücke gebracht sind (s. Bd. I S. 170 Erl. 3b zu § 97). Regelmäßig wird dies dadurch geschehen, daß die Stücke auf das Grundstück gebracht werden. Möglich ist indessen, daß die Herstellung des erforderlichen räumlichen Verhältnisses auch in anderer Weise erfolgt, daß z. B. die zur Ergänzung einer Herde dienenden Stücke, wenn die Herde sich vorübergehend außerhalb des Grundstücks, z. B. auf einem zugepachteten Weidelande befindet, in die Herde einverleibt werden.

Der Übergang des Eigentums, der nach allgemeinen Grundsätzen erst durch die Übertragung des Eigentums von seiten des Nießbrauchers an den Eigentümer des Inventars erfolgen würde, tritt hier kraft des Gesetzes mit der Einverleibung in das Inventar ein. Vorauszusetzen ist dabei aber, daß der Nießbraucher Eigentümer der einverleibten Stücke war. In diesem Sinne sind die Worte „die von ihm angeschafften Stücke" zu verstehen. Man kann auch nicht annehmen, daß der Mangel des Eigentums des Nießbrauchers dadurch ersetzt werde, daß der Eigentümer bei der Einverleibung in gutem Glauben sei; denn eine entsprechende Anwendung der §§ 932 ff. ist hier dadurch ausgeschlossen, daß die Einverleibung in das Inventar ohne rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Eigentümers erfolgt.

3. Abs. 2. Hat der Nießbraucher das Inventar gegen den Schätzungswert mit der Verpflichtung übernommen, es bei Beendigung des Nießbrauchs zum Schätzungswerte zurückzugewähren, so finden die in dem entsprechenden Falle bei der Pacht geltenden Vorschriften der §§ 588, 589 entsprechende Anwendung. Hieraus ergibt sich folgendes:

§. 1049. Macht der Nießbraucher Verwendungen auf die Sache, zu denen er nicht verpflichtet ist, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigenthümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Der Nießbraucher ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen.

---

a) Die unter Nr. 2a—c aufgeführten Grundsätze gelten auch in diesem Falle (vgl. § 588 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2).

b) Der Nießbraucher trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und der Verschlechterung des Inventars (§ 588 Abs. 1 Satz 1).

c) Der Nießbraucher hat bei Beendigung des Nießbrauchs das gesamte zu dieser Zeit vorhandene Inventar dem Eigentümer herauszugeben (§ 589 Abs. 1). Der Eigentümer kann aber die Übernahme derjenigen von dem Nießbraucher angeschafften Inventarstücke ablehnen, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft für das Grundstück überflüssig oder zu wertvoll sind; mit der Ablehnung geht das Eigentum an den abgelehnten Stücken auf den Nießbraucher über (§ 589 Abs. 2).

d) Ist der Gesamtschätzungswert der übernommenen Stücke höher oder niedriger als der Gesamtschätzungswert der zurückzugewährenden Stücke, so hat im ersteren Falle der Nießbraucher dem Eigentümer, im letzteren Falle der Eigentümer dem Nießbraucher den Mehrwert zu ersetzen (§ 589 Abs. 3).

S. die Erl. zu §§ 588, 589.

4. Für die Verpflichtung des Nießbrauchers eines Landguts, bei Beendigung des Nießbrauchs die auf dem Gute vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse und den auf dem Gute gewonnenen Dünger zurückzulassen, gelten die Vorschriften des § 593 (s. Erl. 5 zu § 1055).

5. In M. III S. 512f. wird angenommen, daß die Vorschriften des § 1048 unter Umständen auch auf den Nießbrauch an anderen Inbegriffen beweglicher Sachen, z. B. an einer nicht zum Inventar eines Landguts gehörenden Herde, entsprechend anzuwenden seien. Dies wird als richtig anzuerkennen sein; jedoch wird man im einzelnen Falle zunächst zu prüfen haben, ob nicht aus dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft ein anderer Wille der Parteien erhellt, ob insbesondere nicht die Anwendung der Grundsätze über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen als vereinbart anzusehen ist. Von praktischer Bedeutung ist die Frage besonders bei dem Nießbrauch an einem Vermögen oder an einer Erbschaft, zu welchem Inbegriffe der fraglichen Art gehören.

6. Entsprechende Anwendung findet der § 1048 Abs. 1 nach § 1278 bei einem zu dem eingebrachten Gute einer Ehefrau gehörenden Landgute.

§ 1049.

E. I § 1010; II § 959 rev. § 1033; III § 1032. P. I S. 4631ff.; M. III S. 523ff. P. II Bd. 3 S. 405f.; Bd. 5 S. 236; Bd. 6 S. 94f. RB. S. 2003. StB. S. 2788.

1. **Entstehung. Bedeutung.** In betreff der von dem Nießbraucher auf die Sache gemachten Verwendungen sollten nach E. I § 1010 die Vorschriften des E. I § 936 Abs. 1, 3, §§ 937, 938, 941 über die dem Besitzer dem Eigentümer gegenüber zustehenden Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen Anwendung finden. Daneben war bestimmt, daß die Vorschriften über Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag unberührt bleiben. In der ersten Kommission gingen die Ansichten darüber auseinander, ob der an die Spitze gestellte Satz sich von selbst verstehe oder ob in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift die bei dem Eigentumsanspruche geltenden Vorschriften über Verwendungen mit Rücksicht auf die besondere zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher bestehende Legalobligation keine Anwendung finden würden. Da man aber darüber einverstanden war, daß die Anwendung der gedachten Vorschriften sachlich gerechtfertigt sei, so beschloß man, ihre Anwendbarkeit ausdrücklich zu bestimmen. In der zweiten Kommission hielt man die Anwendung der bei dem Eigentumsanspruche geltenden Vorschriften über Verwendungen auf die Verwendungen des Nießbrauchers für unrichtig; es wurde dabei noch besonders hervorgehoben, daß die von dem E. I abweichende Vorschrift des § 994 Abs. 1 über den Anspruch des gutgläubigen Besitzers auf Ersatz aller notwendigen Verwendungen für das Verhältnis des Nießbrauchers zu dem Eigentümer nicht passe. Die Streichung der fraglichen Bestimmung erfolgte daher in der Absicht, daß die für den Eigentumsanspruch geltenden Vorschriften über Ver-

wendungen keine Anwendung finden sollten, das Verhältnis sich vielmehr lediglich nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag bestimmen solle.

Diese Auffassung wird als richtig anzuerkennen sein, weil das besondere zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher bestehende Verhältnis, solange es besteht, die Anwendung der allgemeinen für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer geltenden Vorschriften ausschließt. Selbstverständlich aber finden diese allgemeinen Vorschriften Anwendung, wenn der Nießbraucher die Sache nach Beendigung des Nießbrauchs noch im Besitze behält. Dasselbe wird auch dann gelten müssen, wenn der Besitzer die Sache zwar als Nießbraucher, sei es in gutem oder in bösem Glauben, in Besitz hatte, in Wirklichkeit aber der Nießbrauch nicht bestand.

2. Abs. 1. Ein Anspruch des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen besteht nicht, wenn der Nießbraucher zu den Verwendungen dem Eigentümer gegenüber verpflichtet war. Eine solche Verpflichtung liegt ihm nach § 1041 Satz 2 und §§ 1047, 1048 ob. Im übrigen kann der Nießbraucher nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen. Nach diesen Vorschriften hat der Geschäftsführer einen Ersatzanspruch, wenn die Übernahme der Geschäftsführung, also hier die Vornahme der Verwendungen, dem Interesse und dem wirklichen oder vermutlichen Willen des Eigentümers entspricht, oder wenn der Eigentümer die Verwendungen genehmigt. Ein entgegenstehender Wille des Eigentümers kommt nicht in Betracht, wenn es sich um eine Pflicht des Eigentümers handelt, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt. Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der Geschäftsführer nach den Vorschriften über den Auftrag, andernfalls nur nach den Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung Ersatz fordern. Ein Ersatzanspruch steht ihm überhaupt nicht zu, wenn er bei der Verwendung nicht die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen (§§ 683—685). Diese Vorschriften finden auf den Nießbraucher auch dann Anwendung, wenn die Verwendung zur Erhaltung der Sache notwendig war, aber nicht zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehörte. Regelmäßig werden zwar bei notwendigen Verwendungen die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Geschäftsführer nach den Vorschriften über Auftrag Ersatz verlangen kann. Möglich ist indessen auch das Gegenteil. So kann z. B. eine notwendige außergewöhnliche Reparatur eines Hauses dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Eigentümers nicht entsprechen, weil er das Haus nach Beendigung des Nießbrauchs abzubrechen und den Platz anderweit zu verwenden beabsichtigt.

Zweifelhaft kann sein, ob der Ersatzanspruch des Nießbrauchers nur gegen denjenigen geht, welcher zur Zeit der Verwendungen Eigentümer war, oder ob er, wenn bei der Beendigung des Nießbrauchs ein anderer Eigentümer der Sache ist, auch gegen diesen geltend gemacht werden kann (s. M. III S. 416). Die Frage dürfte in dem ersteren Sinne zu entscheiden sein. Durch Verwendungen auf die Sache werden nicht die Geschäfte desjenigen geführt, der bei Beendigung des Nießbrauchs Eigentümer sein wird, sondern desjenigen, welcher zur Zeit der Verwendungen Eigentümer ist. Nach § 999 Abs. 2 erstreckt sich freilich die Ersatzpflicht des Eigentümers gegen den Besitzer auch auf solche Verwendungen, die gemacht sind, bevor er das Eigentum erworben hat (s. oben S. 324 Erl. 2 zu § 999). Aber diese Vorschrift gilt nur für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer, soweit es sich lediglich nach den Vorschriften über den Eigentumsanspruch bestimmt. Die letzteren Vorschriften finden nach dem unter Nr. 1 Gesagten auf das Verhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer im allgemeinen keine Anwendung, und deshalb gilt auch die gedachte Vorschrift des § 999 Abs. 2 wenigstens unmittelbar hier nicht. Eine entsprechende Anwendung dürfte aber bei der Verschiedenheit der Voraussetzungen des Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen in beiden Fällen, insbesondere auch mit Rücksicht darauf nicht gerechtfertigt sein, daß der Ersatzanspruch des Besitzers gegen den Eigentümer nach § 1001 regelmäßig erst geltend gemacht werden kann, wenn der Eigentümer die Sache zurückerhalten hat, während hier die sofortige Geltendmachung zulässig ist (s. jedoch Erl. 4).

3. Zinsen der gemachten Verwendungen kann der Nießbraucher für die Zeit, während welcher der Nießbrauch besteht, nach § 256 Satz 2 nicht verlangen.

4. Dem Nießbraucher steht wegen seines Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen **ein Zurückbehaltungsrecht** gegenüber dem Eigentümer nach Maßgabe der §§ 273, 274 zu. Voraussetzung ist, daß ihm der Ersatzanspruch gegen den Eigentümer zusteht, welcher die Rückgabe der Sache verlangt (s. oben Nr. 2). Nur wenn das Eigentum einer dem Nießbrauch unterliegenden beweglichen Sache nach Maßgabe des § 931 auf einen Dritten übertragen ist, steht dem Nießbraucher nach § 986 Abs. 2 das Zurückbehaltungsrecht, welches ihm wegen seiner Verwendungen gegen den früheren Eigentümer zustand, auch gegenüber dem neuen Eigentümer zu. Die Vor-

§. 1050. Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, welche durch die ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt werden, hat der Nießbraucher nicht zu vertreten.

§. 1051. Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgniß einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigenthümers begründet, so kann der Eigenthümer Sicherheitsleistung verlangen.

---

schrift des § 986 steht zwar in dem Abschnitt über die Ansprüche aus dem Eigentume; sie dürfte aber ihrer Natur und ihrem Zwecke nach auch auf den hier fraglichen Fall anzuwenden sein.

Im Konkurse des Eigentümers steht dem Eigentümer wegen seiner Verwendungen ein Absonderungsrecht unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe der KO. § 49 Nr. 3 zu.

5. **Abs. 2.** Dem Nießbraucher steht das Recht zu, eine Einrichtung, mit welcher er die Sache versehen hat, wegzunehmen. Voraussetzung dieses Rechtes ist, wie sich aus dem Zusammenhange des Abs. 2 mit dem Abs. 1 ergibt, daß die Einrichtung nicht zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehört, welche dem Nießbraucher nach § 1041 obliegen (P. II Bd. 6 S. 94 f.). Nur solche Einrichtungen kommen in Frage, welche wesentliche Bestandteile der Sache geworden sind. Ist die Einrichtung nur ein nicht wesentlicher Bestandteil der Sache, so verbleibt das Eigentum daran dem Nießbraucher, und es bedarf daher der besonderen Vorschrift des Abs. 2 nicht. Das Recht der Wegnahme der Einrichtung ist nicht den besonderen Beschränkungen unterworfen, welchen das entsprechende Recht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer bei dem Eigentumsanspruche nach § 997 unterliegt; es steht dem Nießbraucher vielmehr unbedingt zu. Es steht dem Nießbraucher auch nicht bloß gegen denjenigen zu, welcher zu der Zeit, in welcher die Einrichtung gemacht wurde, Eigentümer der Sache war, sondern gegen jeden Eigentümer. Die Geltendmachung des Rechtes bestimmt sich nach § 258. Der Nießbraucher hat also, wenn er die Einrichtung wegnimmt, die Sache wieder in den vorigen Stand zu setzen. Hat der Eigentümer den Besitz der Sache wiedererlangt, so ist er verpflichtet, die Wegnahme zu gestatten, kann diese aber verweigern, bis ihm für den aus der Wegnahme entstehenden Schaden Sicherheit geleistet wird.

6. **Wegen der Verjährung des Anspruchs** auf Ersatz von Verwendungen und auf Gestattung der Wegnahme s. § 1058.

7. Hat der Nießbraucher **im Auftrage des Eigentümers** Verwendungen gemacht, so kann er, wie der E. I besonders hervorhob, selbstverständlich nach den Vorschriften über Auftrag Ersatz verlangen.

§ 1050.

E. I § 1007 Abs. 1; II § 960 rev. § 1034; III § 1033. P. I S. 4534, 4609 ff.; M. III S. 520. P. II Bd. 3 S. 401.

Grund und Zweck. Die Verpflichtung des Nießbrauchers, die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten, hat nicht die Bedeutung, daß der Nießbraucher verpflichtet wäre, den Kapitalwert der Sache durch Ansammlung eines Amortisationsfonds dem Eigentümer zu erhalten (Erl. 1 zu § 1041). Die Verschlechterung der Sache und deren Untergang, welche infolge der ordnungsmäßigen Benutzung durch den Nießbraucher oder, wie im E. I § 1007 Abs. 1 ausdrücklich hinzugefügt war, durch Alter eintreten, treffen den Eigentümer. Um jeden Zweifel abzuschneiden, wird im § 1050 ausdrücklich bestimmt, daß der Nießbraucher Veränderungen und Verschlechterungen der Sache, welche durch ordnungsmäßige Benutzung eintreten, nicht zu vertreten hat. Dahin gehört, wenn der Nießbraucher Bodenbestandteile zu gewinnen befugt ist, auch die vollständige Erschöpfung dieser Bestandteile. Welche Benutzung als eine ordnungsmäßige zu betrachten ist, ergibt sich aus den §§ 1036 ff. Die Erwähnung der durch das Alter eingetretenen Verschlechterungen ist als selbstverständlich weggelassen.

§ 1051.

E. I § 1005; II § 961 Abs. 1 Satz 1 rev. § 1035; III § 1034. P. I S. 4534 ff.; M. III S. 518 f. P. II Bd. 3 S. 399; Bd. 6 S. 389.

Die §§ 1051—1054 bestimmen die dem Eigentümer zur Sicherung seiner Rechte zustehenden Befugnisse, die §§ 1051, 1052 die im Falle einer Gefährdung, die §§ 1053, 1054 die im Falle einer bereits eingetretenen Verletzung seiner Rechte ihm zu Gebote gestellten Mittel.

§. 1052. Ist der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung rechtskräftig verurtheilt, so kann der Eigenthümer statt der Sicherheitsleistung verlangen, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen wird. Die Anordnung der Verwaltung ist nur zulässig, wenn dem Nießbraucher auf Antrag des Eigenthümers von dem Gericht eine Frist zur Sicherheitsleistung bestimmt worden und die Frist

---

1. **Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung** liegt dem Nießbraucher nicht, wie nach gemeinem Rechte, allgemein und unbedingt ob. Er ist hierzu vielmehr nur unter der Voraussetzung verpflichtet, daß

a) die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet ist und, daß

b) diese Besorgnis durch das Verhalten des Nießbrauchers begründet ist.

Zu a) In Betracht kommen alle Rechte, welche dem Eigentümer dem Nießbraucher gegenüber zustehen (s. insbesondere die §§ 1035—1038, 1041—1048), und jede Art der Verletzung dieser Rechte. Wann die zu besorgende Verletzung als eine erhebliche zu betrachten ist, bestimmt sich nach den Umständen des Falles. Nicht erforderlich ist, daß eine Verletzung bereits eingetreten ist. Es genügt z. B., daß der Nießbraucher Anstalten trifft, einen Wald, von welchem bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jährlich nur ein Teil abgeholzt werden dürfte, auf einmal abzuholzen. Aus einer bereits eingetretenen Verletzung wird aber häufig geschlossen werden können, daß ähnliche Verletzungen auch ferner vorkommen werden.

Zu b) In dem Erfordernisse, daß die Besorgnis in dem Verhalten des Nießbrauchers begründet sei, liegt nicht, daß ein Verschulden des Nießbrauchers vorliegen müsse. Regelmäßig wird zwar ein solches vorliegen, wenn das Verhalten von solcher Art ist, daß die fragliche Besorgnis dadurch begründet wird. Denkbar ist aber auch, daß das Verhalten des Nießbrauchers die Folge von Umständen ist, die er nicht zu vertreten hat. Das Verhalten kann ein positives sein oder ein Unterlassen der erforderlichen Fürsorge.

2. **Die Sicherheit ist zu leisten** nach Maßgabe der §§ 232ff. Über die Bestimmung einer Frist zur Sicherheitsleistung und die Folgen der Nichtleistung s. Erl. zu § 1052.

3. **Steht das Eigentum** der dem Nießbrauch unterliegenden Sache **mehreren nach Bruchteilen zu**, so hat jeder Miteigentümer das Recht, die Sicherheitsleistung nach Maßgabe des § 1051 zu verlangen. Unmittelbare Anwendung auf den hier fraglichen Fall findet freilich der § 1011 nicht; denn der hier fragliche Anspruch ist kein Anspruch aus dem Eigentum im Sinne des § 1011, sondern stützt sich auf die durch den Nießbrauch begründete gesetzliche Obligation zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher. Da aber der Anspruch auf Sicherheitsleistung den Zweck hat, den Eigentümer gegen Beeinträchtigung seiner Rechte zu sichern, und da die Beeinträchigung der Rechte des Eigentümers jeden Miteigentümer trifft, so erscheint eine entsprechende Anwendung des § 1011 gerechtfertigt. Zweifelhaft kann nur sein, ob der Miteigentümer verlangen kann, daß die Sicherheit an ihn geleistet werde, oder ob er nach Analogie des Anspruchs auf Herausgabe der Sache die Leistung der Sicherheit an alle Miteigentümer gemeinschaftlich zu fordern berechtigt ist. Die erstgedachte, der negatoria entprechende Auffassung dürfte den Vorzug verdienen; jedenfalls wird man aber auch bei der zweiten Auffassung für den Fall, daß die Sicherheit nicht geleistet wird, jedem Miteigentümer das Recht zugestehen müssen, die Verwaltung der ganzen Sache nach Maßgabe des § 1052 zu verlangen. Von selbst versteht sich, daß wenn der Nießbrauch nur an einem Bruchteile besteht, der Anspruch des Miteigentümers sich nur auf diesen Bruchteil beschränkt.

§ 1052.

E. I § 1006; II § 961 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 3 rev. § 1036; III § 1035. M. I S. 4584ff.; M. III S. 519f. P. II Bd. 3 S. 399f.; Bd. 6 S. 389f.

Zweck. Ist der Nießbraucher rechtskräftig zur Sicherheitsleistung nach Maßgabe des § 1051 verurteilt, so würde der Eigentümer, wenn der Nießbraucher dem Urteile nicht Folge leistet, an sich nur die Erzwingung im Wege der Zwangsvollstreckung versuchen können. Da die Erzwingung aber, wenn der Nießbraucher kein zur Sicherheitsleistung geeignetes Vermögen hat, unmöglich und auch dann, wenn er Vermögen hat, häufig mit großen Weiterungen verbunden ist, so gibt

verstrichen ist; sie ist unzulässig, wenn die Sicherheit vor dem Ablaufe der Frist geleistet wird.

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Gerichts wie ein für die Zwangsverwaltung eines Grundstücks bestellter Verwalter. Verwalter kann auch der Eigenthümer sein.

Die Verwaltung ist aufzuheben, wenn die Sicherheit nachträglich geleistet wird.

---

das Gesetz dem Eigentümer in dem Rechte, die Sequestration des Nießbrauchs zu verlangen, ein einfacheres und sicheres Mittel zum Schutze gegen Gefährdung seiner Rechte.

1. Abs. 1. **Voraussetzung des Rechtes, die Sequestration,** d. h. die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers durch einen von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter, **zu verlangen,** ist,

a) daß der Nießbraucher rechtskräftig zur Sicherheitsleistung verurteilt ist;

b) daß dem Nießbraucher auf Antrag des Eigentümers eine Frist zur Leistung der Sicherheit von dem Gerichte bestimmt und daß diese Frist verstrichen ist. Die Frist kann nach CPO. § 255 Abs. 2 auf Antrag des Eigentümers schon von dem Prozeßgericht in dem Urteile, durch welches der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung verurteilt wird, bestimmt werden. Ist dies nicht geschehen, so ist die Bestimmung der Frist Sache „des Gerichts“, das den Verwalter zu bestellen hat, d. h. des Vollstreckungsgerichts (s. Erl. 2). Die Dauer der Frist hat das Gericht nach billigem Ermessen zu bestimmen; die Frist beginnt mit der Rechtskraft des Urteils und berechnet sich nach den §§ 186 ff.;

c) daß der Nießbraucher innerhalb der bestimmten Frist die Sicherheit nicht geleistet hat.

Die unter a und b bezeichneten Voraussetzungen hat der Eigentümer zu beweisen, während es Sache des Nießbrauchers ist, den Mangel der unter c bezeichneten Voraussetzungen durch den Beweis, daß er die Sicherheit geleistet habe, darzutun.

2. Abs. 1. **Das dem Eigentümer** unter den vorbezeichneten Voraussetzungen **zustehende Recht geht dahin,** statt der Sicherheitsleistung zu verlangen, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einen von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen wird. Diese Übertragung ist Sache des Gerichts, nicht eine dem Nießbraucher obliegende Leistung, die Gegenstand eines Anspruchs des Eigentümers gegen den Nießbraucher sein könnte. Der Wortlaut der Vorschrift spricht also dafür, daß es sich bei dem hier fraglichen Rechte des Eigentümers nicht um einen mit dem Eintritte der gesetzlichen Voraussetzungen entstehenden privatrechtlichen Anspruch gegen den Nießbraucher handelt. Eine Klage des Eigentümers würde nur in der Art denkbar sein, daß entweder auf Duldung der gerichtlichen Anordnung oder auf Erlassung eines konstitutiven Urteils geklagt würde. Da nun aber der Eigentümer die Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs statt der Sicherheitsleistung soll verlangen können, so liegt es nahe, anzunehmen, daß auch für die Art der Geltendmachung dieses Verlangens dasselbe gelten solle wie für das Verlangen der Sicherheitsleistung. Daraus würde folgen, daß, wie der Eigentümer die Sicherheitsleistung auf Grund des die Verpflichtung dazu aussprechenden rechtskräftigen Urteils im Wege der Zwangsvollstreckung verlangen kann, er auf demselben Wege auch auf Grund des gedachten Urteils nach Eintritt der unter 1 b, c angeführten weiteren Voraussetzungen die Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs auf einen Verwalter verlangen könne. Nach dieser Ansicht würde der Eigentümer auf Grund des bezeichneten rechtskräftigen Urteils und des Nachweises, daß die Frist zur Sicherheitsleistung abgelaufen ist, bei dem Vollstreckungsgerichte (CPO. § 764) die Anordnung der Verwaltung, d. h. die Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs auf einen von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter, zu beantragen haben. Diese Ansicht dürfte vor der in den früheren Auflagen vertretenen Auffassung, wonach die Anordnung der Verwaltung durch das Prozeßgericht und nur die Bestellung und Beaufsichtigung des Verwalters durch das Vollstreckungsgericht erfolgen soll, den Vorzug verdienen (im Ergebnis übereinstimmend Biermann Erl. 1 zu § 1052; Fuchs Grundbuchrecht S. 312). Gegen die Unterscheidung zwischen der Anordnung der Verwaltung und der Bestellung des Verwalters spricht, daß im § 1070 Abs. 2 der Ausdruck „Anordnung der Verwaltung“ als gleichbedeutend mit der Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs gebraucht wird, die als solche die Bestellung des Verwalters in sich begreift. Die hier vertretene Ansicht entspricht unzweifelhaft dem praktischen Bedürfnisse mehr als die in den früheren Auflagen vertretene Auffassung, und nur durch sie wird der von der zweiten Kommission erstrebte Zweck, den Eigentümer davor zu

bewahren, daß er, um die Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs auf einen Verwalter zu erlangen, zwei Prozesse führen müßte, vollständig erreicht. Sie hat endlich auch in der D. zum FGG. S. 89 Anerkennung gefunden, indem dort das Bedürfnis für weitere Ausführungsvorschriften zum § 1052 mit der Bemerkung verneint wird, daß sich die Anordnung der hier fraglichen Verwaltung und das darauf bezügliche Verfahren nach den Vorschriften der CPO. über die Zwangsvollstreckung bestimme.

Auf die Bestellung des Verwalters finden die Vorschriften des ZVG. § 150 entsprechende Anwendung.

3. Abs. 1. **Stellung des Verwalters.** Der Nießbraucher verliert durch die Bestellung des Verwalters das Recht der eigenen Ausübung des Nießbrauchs. Die Verwaltung des Nießbrauchs wird für Rechnung und auf Kosten des Nießbrauchers, wie aber in M. III S. 519 ausdrücklich hervorgehoben wird, nicht auf dessen Gefahr, durch den Verwalter geführt. Dieser hat die dem Nießbraucher zustehenden Rechte auszuüben, die ihm obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen und die hierfür erforderlichen Ausgaben aus den Nutzungen, welche der Nießbrauch gewährt, zu bestreiten. Den Überschuß hat er dem Nießbraucher abzuliefern. Ein in der ersten Kommission gestellter Antrag (P. I S. 4590), die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Auftrag auf das Verhältnis zwischen dem Verwalter und dem Nießbraucher vorzuschreiben, wurde abgelehnt, weil jene Vorschriften, z. B. die Vorschrift über den Vorschuß, nicht allgemein paßten. Die rechtliche Stellung des Verwalters ist daher nach denselben Grundsätzen zu beurteilen, wie bei der Zwangsverwaltung. Die Vorschriften des ZVG. § 154 über die Rechnungslegung werden in der Art anzuwenden sein, daß die Rechnung nur dem Nießbraucher zu legen ist, nicht dem Eigentümer. Die Rechnung ist jährlich und bei Beendigung der Verwaltung zu legen. Sie ist aber bei dem Gericht einzureichen und von diesem dem Nießbraucher vorzulegen. Der Eigentümer hat gegen den Verwalter als Vertreter des Nießbrauchers nur die ihm gegen den letzteren zustehenden Rechte, selbstverständlich aber nicht die in den §§ 1051, 1052, 1054 bestimmten Rechte.

Eine Eintragung der Sequestration des Nießbrauchs an einem Grundstück in das Grundbuch findet nicht statt.

4. Abs. 2. **a) Satz 1.** Die Beaufsichtigung des Verwalters liegt dem Vollstreckungsgericht ob (ZVG. § 1). Sie regelt sich nach den §§ 153, 154 ZVG. (vgl. § 14 des EG. dazu).

b) Satz 2. Zum Verwalter kann auch der Eigentümer bestellt werden. Ob dies im Interesse beider Teile zweckmäßig ist, hat das Gericht zu ermessen. Ist der Eigentümer zum Verwalter bestellt und hat er als solcher den Besitz der Sache erlangt, so ist er unmittelbarer vermittelnder Besitzer für den Nießbraucher, zugleich aber unmittelbarer Eigenbesitzer, während der Nießbraucher mittelbarer und vermittelnder Besitzer für den Eigentümer wird.

5. Abs. 3. Die Sequestration ist wieder aufzuheben, wenn die Sicherheit nachträglich geleistet wird. Die Aufhebung erfolgt auf Antrag des Nießbrauchers durch das Vollstreckungsgericht (s. oben Erl. 2), wenn nachgewiesen wird, daß die geleistete Sicherheit genügend ist. Mit Einwilligung des Eigentümers kann selbstverständlich die Aufhebung immer erfolgen.

Mit der Beendigung des Nießbrauchs hört die Sequestration von selbst auf, ohne daß es einer Aufhebung bedarf.

6. **Eine freiwillige Sequestration,** deren Zulässigkeit die M. III S. 497 dahingestellt sein lassen, kann in der Weise erfolgen, daß der Nießbraucher sich dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, die Verwaltung des Nießbrauchs einem Dritten zu übertragen, und daß dann der Nießbraucher diesen Dritten zu der Verwaltung ermächtigt. Eine Beteiligung des Gerichts hierbei in der Weise, daß das Gericht den Verwalter auf Antrag des Eigentümers und Nießbrauchers bestellte und beaufsichtigte, dürfte nicht zulässig sein; jedenfalls ist das Gericht zur Mitwirkung nicht verpflichtet. Die Stellung des Verwalters ist bei solcher freiwilligen Sequestration die eines von dem Nießbraucher Beauftragten und Bevollmächtigten. Der Nießbraucher kann dem Eigentümer gegenüber obligatorisch verpflichtet sein, die Vollmacht und den Auftrag nicht zu widerrufen. Ein unter Verletzung dieser Verpflichtung erfolgter Widerruf begründet aber nur eine Verpflichtung zum Schadensersatze gegenüber dem Eigentümer; die Wirksamkeit des Widerrufs gegenüber dem Verwalter und gegenüber Dritten wird dadurch nicht berührt.

7. **Eine dem § 1052 entsprechende Vorschrift** enthält der § 2128 für den Vorerben.

§. 1053. Macht der Nießbraucher einen Gebrauch von der Sache, zu dem er nicht befugt ist, und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Eigenthümers fort, so kann der Eigenthümer auf Unterlassung klagen.

§. 1054. Verletzt der Nießbraucher die Rechte des Eigenthümers in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Eigenthümers fort, so kann der Eigenthümer die Anordnung einer Verwaltung nach §. 1052 verlangen.

---

§ 1053.

E. I § 1004; II § 962 rev. § 1037; III § 1036. P. I S. 4583 f.; M. III S. 518. P. II Bd. 3 S. 399.

Anspruch auf Erfüllung. Erfüllt der Nießbraucher die ihm gegenüber dem Eigentümer obliegenden Verpflichtungen nicht, so kann der Eigentümer nach allgemeinen Grundsätzen schon während bestehenden Nießbrauchs auf Erfüllung dieser Verpflichtungen klagen. Er kann z. B., wenn der Nießbraucher für die gewöhnliche Erhaltung der Sache nicht sorgt (§ 1041 Abs. 2), oder wenn er die Sache nicht ordnungsmäßig versichert oder die für die Versicherung zu leistenden Beiträge nicht bezahlt (§ 1045), oder wenn er die ihm nach § 1047 obliegenden Lasten nicht berichtigt, auf die Bewirkung dieser Leistungen durch den Nießbraucher klagen. Im E. I § 1004 war dies ausdrücklich bestimmt und dabei noch besonders hervorgehoben, daß auch der Anspruch des Eigentümers auf Erhaltung der Sache und ihres wirtschaftlichen Bestandes schon während des Bestehens des Nießbrauchs geltend gemacht werden könne. Die zweite Kommission war hiermit sachlich im allgemeinen einverstanden. Eine besondere Vorschrift hielt sie aber mit bezug auf den Fall für erforderlich, daß der Nießbraucher einen Gebrauch von der Sache mache, zu welchem er nicht berechtigt sei. Da es sich in einem solchen Falle nicht bloß um die dem Eigentümer zustehende actio negatoria, sondern um die Verletzung der dem Nießbraucher infolge des Nießbrauchs obliegenden gesetzlichen Verpflichtungen zur Unterlassung eines solchen Gebrauchs handele, so würde der Eigentümer, auch ohne daß die Voraussetzungen der negatoria vorliegen (§ 1004 des BGB.), auf Unterlassung klagen können. Dies hielt man für bedenklich und beschloß im Anschluß an die bei der Miete (§ 550) getroffene Bestimmung, die Klage auf Unterlassung nur zuzulassen, wenn der Nießbraucher den unstatthaften Gebrauch trotz Abmahnung fortsetze. Durch diese in dem § 1053 aufgenommene Vorschrift wird zugleich als ausgeschlossen zu betrachten sein, daß der Eigentümer auf Grund des § 1004 des BGB. lediglich deshalb, weil weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, ohne vorherige Abmahnung auf Unterlassung klagen kann.

Die Abmahnung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft oder doch nach Analogie der für solche Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften zu beurteilen.

In betreff der in dem E. I § 1004 getroffenen sonstigen positiven Vorschriften überließ es die zweite Kommission der Redaktionskommission, ob sie nicht als selbstverständlich zu streichen seien. Dies ist geschehen.

§ 1054.

E. I § 1006 Abs. 1; II § 963 rev. § 1038; III § 1037. P. I S. 4584 ff.; M. III S. 519 f. P. II Bd. 3 S. 399 f.

1. Voraussetzungen. Nach § 1054 kann der Eigentümer, auch ohne daß der Nießbraucher vorher zur Sicherheitsleistung rechtskräftig verurteilt ist, die Anordnung der Sequestration verlangen, wenn

a) der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers in erheblichem Maße verletzt und
b) der Eigentümer den Nießbraucher davon abgemahnt hat und endlich
c) der Nießbraucher das verletzende Verhalten nach der Abmahnung fortsetzt.

In betreff der rechtlichen Natur der Abmahnung gilt das in der Erl. zu § 1053 Gesagte. Nach einem in der zweiten Kommission gestellten Antrage sollte die Sequestration auch dann verlangt werden können, wenn der Nießbraucher in der Vergangenheit die Rechte des Eigentümers verletzt habe und diese Verletzung nicht innerhalb einer ihm von dem Eigentümer gestellten angemessenen Frist beseitige. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt. Erforderlich ist also immer eine Fortsetzung des verletzenden Verhaltens nach der Abmahnung.

2. Inhalt des Rechtes des Eigentümers. Das dem Eigentümer gewährte Recht, die Anordnung einer Verwaltung nach § 1052 zu verlangen, kann hier nicht, wie im Falle des § 1052,

§. 1055. Der Nießbraucher ist verpflichtet, die Sache nach der Beendigung des Nießbrauchs dem Eigenthümer zurückzugeben.

Bei dem Nießbrauch an einem landwirthschaftlichen Grundstücke finden die Vorschriften der §§. 591, 592, bei dem Nießbrauch an einem Landgute finden die Vorschriften der §§. 591 bis 593 entsprechende Anwendung.

---

ohne weiteres dahin gehen, bei dem Vollstreckungsgericht die Anordnung der Verwaltung zu beantragen; denn für ein Tätigwerden des Vollstreckungsgerichts ist ein vollstreckbarer Titel erforderlich. Man muß also entweder dem Eigentümer das Recht einräumen, auf Erlassung eines die Anordnung der Verwaltung des Nießbrauchs aussprechenden konstitutiven Urteils zu klagen, oder dem Eigentümer die Möglichkeit gewähren, sich einen solchen Titel zu verschaffen, durch welchen das Vorhandensein der unter Nr. 1 bezeichneten Voraussetzungen festgestellt wird, und zwar genügt dazu nicht eine Feststellungsklage, da das auf eine solche ergehende Urteil nicht vollstreckbar ist; vielmehr muß der Eigentümer gegen den Nießbraucher eine Leistungsklage und als Grundlage dieser einen Anspruch haben. Die letztgedachte Alternative dürfte dem Standpunkte des BGB. und der in der Erl. 2 zu § 1052 dargelegten Auffassung am meisten entsprechen. Gegenstand des Anspruchs des Eigentümers kann nur die Duldung der Verwaltung sein. Das hier fragliche Recht des Eigentümers besteht also in dem Anspruch gegen den Nießbraucher auf Duldung der Verwaltung. Auf Grund eines diesem Anspruch stattgebenden Urteils kann der Eigentümer alsdann die Anordnung der Verwaltung bei dem Vollstreckungsgerichte nachsuchen.

In betreff der Bestellung und Beaufsichtigung des Verwalters, sowie in betreff seiner rechtlichen Stellung gilt dasselbe wie nach Erl. 2—4 zu § 1052.

3. **Nachträgliche Sicherheitsleistung** begründet, abweichend vom § 1052, nicht das Recht des Nießbrauchers, die Wiederaufhebung einer auf Grund des § 1054 angeordneten Sequestration zu verlangen.

§ 1055.

E. I §§ 991, 1007, 1009; II § 964 rev. § 1039; III § 1038. P. I S. 4534, 4541 ff., 4609 ff., 4624 ff., 6227, 6230; M. III S. 504 ff., 520 ff. P. II Bd. 3 S. 392, 401 f.

1. **Persönlicher und dinglicher Anspruch auf Rückgabe.** Durch den § 1055 wird dem Eigentümer gegen den Nießbraucher auf Grund des zwischen ihnen durch den Nießbrauch begründeten obligatorischen Verhältnisses ein persönlicher Anspruch auf Rückgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs gegeben. Ist der Nießbraucher nach Beendigung des Nießbrauchs noch im Besitze der Sache, so steht dem Eigentümer gegen ihn wie gegen jeden dritten Besitzer auch der Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache zu. In der Richtung gegen den Nießbraucher erleidet dieser Anspruch aber in Ansehung der damit zugleich geltend zu machenden Forderungen auf Schadensersatz und Herausgabe der Nutzungen für die Zeit, während welcher der Nießbrauch bestanden hat, diejenigen Modifikationen, welche sich aus dem durch den Nießbrauch begründeten Verhältnisse zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher ergeben. Der Eigentümer kann für diese Zeit nur dasjenige fordern, was er auf Grund seines persönlichen Anspruchs zu fordern berechtigt ist (s. Erl. 2). Für die Zeit nach der Beendigung des Nießbrauchs bestimmt sich die Haftung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer lediglich nach den Vorschriften über den Eigentumsanspruch.

2. **Abs. 1.** In betreff des persönlichen Anspruchs des Eigentümers gegen den Nießbraucher ist folgendes zu bemerken:

a) Der Anspruch steht demjenigen zu, welcher zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs Eigentümer der Sache ist. Er steht nicht dem Besteller als solchem zu (s. jedoch § 1058). Der Anspruch steht auch nicht demjenigen zu, welcher erst nach Beendigung des Nießbrauchs das Eigentum erworben hat, sofern er diesem nicht etwa abgetreten ist. In Ermangelung einer solchen Abtretung hat derjenige, welcher das Eigentum erst nach Beendigung des Nießbrauchs erworben hat, nur den Eigentumsanspruch auf Herausgabe nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze.

b) Passiv legitimiert ist der gewesene Nießbraucher und nach dem Tode des Nießbrauchers dessen Erbe. Besitz der Sache auf seiten des Nießbrauchers oder dessen Erben ist nicht erforderlich. Über den Inhalt des Anspruchs in dem Falle, daß der Nießbraucher oder dessen Erben nicht im Besitze sind, s. unter c. Gegen einen dritten Besitzer hat der Eigentümer nur den Eigentumsanspruch.

c) Der Anspruch geht auf Rückgabe der Sache. Ist der Verpflichtete außerstande, die Sache zurückzugeben, so finden die §§ 275ff. Anwendung. Der Verpflichtete wird also von seiner Verpflichtung nur frei, wenn sein Unvermögen zur Rückgabe infolge eines nach der Begründung des Nießbrauchs eingetretenen Umstandes entstanden ist. Andernfalls ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Die Sache muß in demjenigen Zustande zurückgegeben werden, in welchem sie sich bei der Begründung des Nießbrauchs befand. Im E. I § 1007 war dies ausdrücklich bestimmt. Durch die Streichung dieser Vorschrift ist eine sachliche Änderung nicht beabsichtigt. Der fragliche Satz ergibt sich aus dem zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnis und ist dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß die Verpflichtung als Verpflichtung nicht zur Herausgabe, sondern zur Rückgabe bestimmt ist. Den Zustand der Sache zur Zeit der Begründung des Nießbrauchs hat der Eigentümer zu beweisen. Er kann sich diesen Beweis nach Maßgabe des § 1034 sichern. Der Nießbraucher haftet aber nicht für solche Veränderungen der Sache, welche infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes eingetreten sind, insbesondere also nicht für diejenigen Verschlechterungen, welche infolge der ordnungsmäßigen Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt sind (§ 1050).

Dem Eigentümer, welcher nach dem unter a Gesagten zu dem Anspruch aktiv legitimiert ist, steht der Anspruch mit dem gedachten Inhalt auch dann zu, wenn während des Bestehens des Nießbrauchs ein Wechsel in der Person des Eigentümers eingetreten und der von dem Nießbraucher zu vertretende Umstand, durch welchen es dem Nießbraucher unmöglich geworden ist, die Sache überhaupt oder in dem gedachten Zustande herauszugeben, während der Zeit eingetreten ist, in welcher ein anderer als der jetzt Berechtigte Eigentümer war. Mit dem Erlöschen des Eigentums des früheren Eigentümers hörte das zwischen ihm und dem Nießbraucher bestehende obligatorische Verhältnis und daher auch sein Anspruch auf Rückgabe auf. Mit dem Erwerbe des Eigentums durch den neuen Eigentümer entstand für diesen der Anspruch, und zwar mit dem durch die Begründung des Nießbrauchs gegebenen Inhalt, also auf Rückgabe der Sache in dem Zustand, in welchem sich diese bei der Begründung des Nießbrauchs befand. Soweit indessen der Nießbraucher dem früheren Eigentümer wegen einer während der Dauer seines Eigentums eingetretenen Verschlechterung der Sache Schadensersatz geleistet hat, oder soweit der Anspruch auf Ersatz wegen einer solchen Verschlechterung durch Vertrag zwischen dem Nießbraucher und dem früheren Eigentümer oder durch ein zwischen ihnen ergangenes Urteil ausgeschlossen ist, kann selbstverständlich der spätere Eigentümer bei der Beendigung des Nießbrauchs nicht Schadensersatz fordern.

Hätte die Sache sich bei ordnungsmäßiger Wirtschaft bei der Beendigung des Nießbrauchs in einem besseren Zustande befinden müssen, als in welchem sie sich bei dem Beginne des Nießbrauchs befand, so ist der Nießbraucher verpflichtet, die Sache in diesem besseren Zustande zurückzugeben. Dies ist zwar ausdrücklich im Abs. 2 durch Verweisung auf § 591 nur für landwirtschaftliche Grundstücke bestimmt. Aus der Verpflichtung des Nießbrauchers indessen, bei der Ausübung des Nießbrauchs nach den Regeln der ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren und für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen, wird zu folgern sein, daß jener Satz auch für andere Sachen als für landwirtschaftliche Grundstücke gilt; er muß insbesondere auch für forstwirtschaftliche Grundstücke gelten. Auch für bewegliche Sachen kann er in Frage kommen. Ein dem Nießbrauch unterliegendes Pferd z. B., das beim Beginne des Nießbrauchs ein Jahr alt war, muß, wenn der Nießbrauch nach vier Jahren endigt, in demjenigen Zustande zurückgegeben werden, in welchem sich ein Pferd dieser Art bei ordnungsmäßiger Wirtschaft im Alter von fünf Jahren befinden würde. Der Eigentümer hat den Zustand zu beweisen, in welchem sich die Sache bei ordnungsmäßiger Wirtschaft bei der Beendigung des Nießbrauchs befinden muß. Dem Nießbraucher steht dagegen der Beweis zu, daß der schlechtere Zustand, in welchem sich die Sache in Wirklichkeit befindet, die Folge von Umständen ist, die er nicht zu vertreten hat. Auch dieser erweiterte Anspruch steht demjenigen zu, welcher zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs Eigentümer der Sache ist, ohne Rücksicht darauf, ob die unwirtschaftliche Behandlung der Sache, infolge deren sie bei der Beendigung des Nießbrauchs nicht in dem Zustand ist, in dem sie sein müßte, während der Zeit eingetreten ist, in welcher ein anderer Eigentümer war.

In der Verpflichtung zur Rückgabe der Sache liegt auch die Verpflichtung, die Bewilligung zur Löschung des Nießbrauchs im Grundbuch in der zu der Löschung erforderlichen Form zu erteilen.

3. **Über die Verteilung der Früchte** zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher entscheiden die Vorschriften des § 101. Wegen der Pacht- und Mietgelder bei Grundstücken s. jedoch § 1056. Wegen der Lasten vgl. § 103.

4. **Abs. 2.** Auf den **Nießbrauch an einem landwirtschaftlichen Grundstücke** finden die Vorschriften der §§ 591, 592 entsprechende Anwendung. Ein landwirtschaftliches Grundstück ist ein zu dem Betriebe der Landwirtschaft bestimmtes Grundstück. Nicht mitbegriffen darunter sind die zum Betriebe der Forstwirtschaft bestimmten Grundstücke (s. § 196 Nr. 2 P. II Bd. 3 S. 401, vgl. jedoch oben Nr. 2e). Die entsprechende Anwendung der §§ 591, 592 führt zu folgendem Ergebnisse:

a) Der Nießbraucher ist verpflichtet, das Grundstück nach Beendigung des Nießbrauchs in dem Zustande zurückzugewähren, der sich bei einer während der Dauer des Nießbrauchs bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt. Dies gilt insbesondere auch von der Bestellung. Der Nießbraucher braucht das Grundstück, auch wenn er es bestellt erhalten hat, nicht bestellt zurückzugeben, wenn die Bestellung zu der Zeit, in welcher der Nießbrauch endigte, durch eine ordnungsmäßige Wirtschaft nicht geboten war; anderseits muß er das Grundstück, auch wenn es zur Zeit der Begründung des Nießbrauchs nicht bestellt war, doch bestellt zurückgeben, wenn dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht (s. Erl. zu § 591).

b) Nach § 101 Nr. 1 gebühren dem Eigentümer die bei der Beendigung des Nießbrauchs von dem Grundstücke noch nicht getrennten Früchte. Endigt der Nießbrauch aber im Laufe eines Nießbrauchsjahrs (nicht, wie im E. I § 1009 bestimmt war, im Laufe eines Wirtschaftsjahrs) so hat der Eigentümer die Kosten, die der Nießbraucher auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Nießbrauchsjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen. Unter den Früchten sind hier wie im § 101 Nr. 1 nicht nur die Erzeugnisse des Grundstücks, sondern auch solche andere Bestandteile, welche nach der Bestimmung des Grundstücks daraus gewonnen werden (§ 99), zu verstehen. Eine entsprechende Vorschrift besteht für den Beginn des Nießbrauchs nicht. Hier bleibt es den Parteien überlassen, das Erforderliche durch Vertrag zu bestimmen (s. Erl. zu § 592).

5. **Abs. 2.** Auf den **Nießbrauch an einem Landgute** finden neben den unter Nr. 4 gedachten §§ 591, 592 auch die Vorschriften des § 593 entsprechende Anwendung. Über den Begriff eines Landguts s. Bd. I S. 172 Erl. 3 zu § 98. Die Anwendung des § 593 ergibt folgendes:

a) Der Nießbraucher eines Landguts hat von den bei der Beendigung des Nießbrauchs vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen ohne Rücksicht darauf, ob er bei dem Beginne des Nießbrauchs solche Erzeugnisse übernommen hat, soviel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden (§ 593 Abs. 1).

b) Soweit der Nießbraucher hiernach landwirtschaftliche Erzeugnisse in größerer Menge oder besserer Beschaffenheit zurückzulassen verpflichtet ist, als er bei dem Beginne des Nießbrauchs übernommen hat, kann er von dem Eigentümer Ersatz des Wertes verlangen (§ 593 Abs. 2). Hierzu ist folgendes zu bemerken:

Zu **a)** Hat der Nießbraucher beim Beginne des Nießbrauchs landwirtschaftliche Erzeugnisse der fraglichen Art erhalten, so finden darauf nicht die Vorschriften über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen (§ 1067) Anwendung. Solche Erzeugnisse sind vielmehr Zubehör des Landguts (§ 98 Nr. 2) und gehören zu dessen Inventare. Der Nießbraucher ist darüber nach § 1048 zu verfügen berechtigt, anderseits aber verpflichtet, das Inventar in ordnungsmäßigen wirtschaftlichem Zustande zu erhalten (§§ 1041, 1048). In Ermangelung besonderer Vorschriften würde sich hieraus ergeben, daß der Nießbraucher ohne Rücksicht darauf, wieviel landwirtschaftliche Erzeugnisse und von welcher Beschaffenheit er solche bei dem Beginne des Nießbrauchs erhalten hat, bei Beendigung des Nießbrauchs so viel Erzeugnisse und von solcher Beschaffenheit zurückzugeben verpflichtet ist, als in dem Zeitpunkte der Beendigung bei ordnungsmäßiger Wirtschaft vorhanden sein müssen. Der unter a erwähnte Satz erscheint hiernach lediglich als ein Folge der gedachten Verpflichtungen des Nießbrauchers.

Zu b) Anders liegt die Sache in betreff des zweiten Satzes. Da der Nießbraucher, wenn er die vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Fortführung der Wirtschaft bis zu dem oben bezeichneten Zeitpunkt erforderlich sind, zurückgewährt, nur seine Verpflichtung erfüllt, so würde er einen Ersatz des Mehrwerts, um welchen die zurückgewährten die bei dem

§. 1056. Hat der Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermiethet oder verpachtet, so finden nach der Beendigung des Nießbrauchs die für den Fall der Veräußerung geltenden Vorschriften der §§. 571, 572, des §. 573 Satz 1 und der §§. 574 bis 576, 579 entsprechende Anwendung.

Der Eigenthümer ist berechtigt, das Mieth- oder Pachtverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Verzichtet der Nießbraucher auf den Nießbrauch, so ist die Kündigung erst von der Zeit an zulässig, zu welcher der Nießbrauch ohne den Verzicht erlöschen würde.

Der Miether oder der Pächter ist berechtigt, den Eigenthümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache. Die Kündigung kann nur bis zum Ablaufe der Frist erfolgen.

Beginne des Nießbrauchs erhaltenen Erzeugnisse übersteigen, nicht beanspruchen können. Hat der Nießbrauch z. B. unmittelbar vor der Ernte begonnen und waren infolge davon nur wenige oder gar keine Erzeugnisse der fraglichen Art vorhanden, endigt der Nießbrauch aber unmittelbar nach der Ernte und muß daher bei ordnungsmäßiger Wirtschaft eine große Menge von Erzeugnissen der fraglichen Art vorhanden sein, so würde der Nießbraucher keinen Ersatz für den Mehrwert verlangen können. Hier greift nun aber die positive Vorschrift des § 593 Abs. 2 ein, indem sie dem Nießbraucher einen Anspruch auf Ersatz des Mehrwerts einräumt.

Gewährt dagegen der Nießbraucher ebensoviel oder weniger Erzeugnisse von derselben oder von einer geringeren Beschaffenheit zurück, als er erhalten hat, so hängt die Entscheidung der Frage, ob er dem Eigentümer Ersatz zu leisten hat, nicht von dem Unterschied des Wertes, sondern lediglich davon ab, ob bei ordnungsmäßiger Führung der Wirtschaft Erzeugnisse in dieser Menge und von dieser Beschaffenheit vorhanden sein mußten. Diesem Erfordernisse kann genügt sein, auch wenn die Menge oder die Beschaffenheit der zurückgewährten Erzeugnisse eine geringere ist als die der erhaltenen, so z. B., wenn der Nießbrauch unmittelbar nach der Ernte begann und daher viele Erzeugnisse vorhanden waren, die Beendigung des Nießbrauchs aber unmittelbar vor der Ernte eintrat und deshalb auch bei ordnungsmäßiger Wirtschaft nur eine geringe Menge von Erzeugnissen vorhanden zu sein brauchte. Der Nießbraucher braucht immer nur Ersatz zu leisten, wenn und soweit in dem Zeitpunkt, in welchem der Nießbrauch endigt, bei ordnungsmäßiger Wirtschaft mehr oder bessere Erzeugnisse vorhanden sein müßten, als zurückgewährt werden. Möglicherweise kann dies freilich auch der Fall sein, wenn der Nießbraucher mehr und bessere Erzeugnisse zurückgewährt, als er erhalten hat, aber in einem solchen Falle wird ein Ersatzanspruch des Eigentümers wenigstens regelmäßig dadurch ausgeschlossen, daß der Eigentümer nach der obengedachten positiven Vorschrift dem Nießbraucher den Mehrwert der zurückgewährten Erzeugnisse zu ersetzen hat.

e) Der Nießbraucher hat den vorhandenen auf dem Gute gewonnenen Dünger dem Eigentümer zurückzugewähren, ohne Ersatz dafür beanspruchen zu können (§ 593 Abs. 3). Nicht ausgeschlossen ist ein Ersatzanspruch des Eigentümers gegen den Nießbraucher, wenn dieser weniger oder schlechteren Dünger zurückgewährt, als bei ordnungsmäßiger Wirtschaft vorhanden sein müßte.

6. **Vermeintlicher Nießbrauch.** Keine Anwendung finden die Vorschriften des § 1055, wenn jemand eine Sache, in der Meinung, daß ihm der Nießbrauch daran zustehe, im Besitze hat, in Wirklichkeit aber ein Nießbrauch nicht besteht. In einem solchen Falle bestimmt sich der Anspruch des Eigentümers gegen den Nießbraucher lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über den Eigentumsanspruch (§§ 985 ff.).

§ 1056.

E. I § 1006; II § 965 rev. § 1040; III § 1039. P. I S. 4614 ff., 11814 f., 11817; M. III S. 521 f. P. II Bd. 3 S. 402 ff.

1. **Tragweite und Grund der Vorschriften.** Hat der Nießbraucher die dem Nießbrauch unterliegende Sache über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet, so würde der Eigentümer in Ermangelung besonderer Vorschriften nicht verpflichtet sein, den Miet- oder Pachtvertrag nach der Beendigung des Nießbrauchs zu erfüllen.

Um eine solche Verpflichtung zu begürnden, müssen besondere Umstände hinzutreten, z. B. eine Schuldübernahme von seiten des Eigentümers (§§ 414, 415); unter Umständen kann auch die Einwilligung des Eigentümers zu dem Abschlusse des Miet- oder Pachtvertrags von seiten des Nießbrauchers dahin auszulegen sein, daß der Eigentümer dadurch die Verpflichtung zur Erfüllung des Miet- oder Pachtvertrags nach Beendigung des Nießbrauchs übernimmt. Bei diesen Grundsätzen verbleibt es für den Nießbrauch an beweglichen Sachen; es verbleibt dabei auch für den Nießbrauch an Grundstücken, wenn der Nießbraucher das Grundstück vor der Beendigung des Nießbrauchs dem Mieter oder Pächter noch nicht überlassen hat.

Ist das Grundstück aber bei der Beendigung des Nießbrauchs dem Mieter oder Pächter bereits überlassen, so sollen nach § 1056 unter gewissen Modifikationen dieselben Grundsätze Anwendung finden, welche für den Fall gelten, daß der Vermieter oder Verpächter das vermietete oder verpachtete Grundstück veräußert. Diese Grundsätze finden auch Anwendung, wenn nicht das ganze Grundstück, aber einzelne Wohnräume oder andere Räume vermietet sind (§ 580). Der Grund dieser Vorschriften liegt nicht nur im Interesse des Mieters oder Pächters, sondern wesentlich auch im Interesse des Nießbrauchers, indem dieser bei der ungewissen Dauer des Nießbrauchs ohne solche Vorschriften häufig außerstande sein würde, das Grundstück durch Vermietung oder Verpachtung in zweckmäßiger Art zu benutzen.

2. Abs. 1. Die entsprechende Anwendung der dort bezeichneten Vorschriften ergibt folgendes:

a) Der Eigentümer tritt, falls der Nießbrauch nach der Überlassung des Grundstücks (vgl. über diese Voraussetzung die Erl. zu § 571) endigt, an Stelle des Nießbrauchers in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Miet- oder Pachtverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein. Erfüllt der Eigentümer die Verpflichtungen nicht, so haftet der Nießbraucher (oder sein Erbe) für den von dem Eigentümer zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Erlangt der Mieter oder Pächter von der Beendigung des Nießbrauchs durch Mitteilung des Nießbrauchers Kenntnis, so wird der Nießbraucher von der Haftung befreit, wenn nicht der Mieter oder Pächter das Miet- oder Pachtverhältnis für den ersten Termin kündigt, für den die Kündigung zulässig ist (§ 571).

b) Hat der Mieter oder Pächter dem Nießbraucher für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit geleistet, so tritt der Eigentümer in die dadurch begründeten Rechte ein. Zur Rückgewähr der Sicherheit ist er nur verpflichtet, wenn sie ihm ausgehändigt wird oder wenn er dem Nießbraucher gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt (§ 572).

c) Eine Verfügung, die der Nießbraucher vor der Beendigung des Nießbrauchs über den auf die Zeit der Berechtigung des Eigentümers entfallenden Miet- oder Pachtzins getroffen hat, ist insoweit wirksam, als sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für das zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht (§ 573 Satz 1).

d) Ein Rechtsgeschäft, das zwischen dem Mieter oder Pächter und dem Nießbraucher in Ansehung der Mietzins- oder Pachtzinsforderung vorgenommen wird, insbesondere die Entrichtung des Miet- oder Pachtzinses, ist dem Eigentümer gegenüber wirksam, soweit es sich nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in welchem der Mieter oder Pächter von der Beendigung des Nießbrauchs Kenntnis erlangt, und das folgende Vierteljahr bezieht. Ein Rechtsgeschäft, das nach der Beendigung des Nießbrauchs vorgenommen wird, ist jedoch unwirksam, wenn der Mieter oder Pächter bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts von der Beendigung des Nießbrauchs Kenntnis hat (§ 574).

e) Soweit die Entrichtung des Miet- oder Pachtzinses an den Nießbraucher nach dem unter d Gesagten dem Eigentümer gegenüber unwirksam ist, kann der Mieter oder Pächter gegen die Miet- oder Pachtzinsforderung des Eigentümers eine ihm gegen den Nießbraucher zustehende Forderung aufrechnen. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn der Mieter oder Pächter die Gegenforderung erworben hat, nachdem er von der Beendigung des Nießbrauchs Kenntnis erlangt hat oder wenn die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als der Miet- oder Pachtzins fällig geworden ist (§ 575).

f) Zeigt der Nießbraucher dem Mieter oder Pächter an, daß der Nießbrauch beendigt sei, so muß er in Ansehung der Miet- oder Pachtzinsforderung die angezeigte Beendigung des Nießbrauchs dem Mieter oder Pächter gegenüber gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt ist. Die Anzeige kann nur mit Zustimmung des Eigentümers zurückgenommen werden (§ 576).

g) Wird das vermietete oder verpachtete Grundstück nach der Beendigung des Nießbrauchs von dem Eigentümer veräußert oder belastet, so gilt in Ansehung der Rechte und Verpflichtungen

§. 1057. Die Ersatzansprüche des Eigenthümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache sowie die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz

aus dem Miet- oder Pachtverhältnisse dasselbe, wie wenn das Miet- oder Pachtverhältnis von dem Eigentümer eingegangen wäre; es finden also in diesem Falle auch die bei dem Eintritte des Eigentümers in die Rechte und Verpflichtungen des Nießbrauchers nicht anwendbaren Vorschriften des § 573 Satz 2 und der §§ 577, 578 Anwendung. Nur insofern tritt eine Abweichung ein, als, falls der Erwerber die sich aus dem Miet- oder Pachtverhältnis ergebenden Verpflichtungen nicht erfüllt, nicht der Eigentümer, sondern der Nießbraucher dem Mieter oder Pächter nach Maßgabe der oben unter a Satz 2, 3 angeführten Vorschriften des § 571 Abs. 2 haftet (§ 579).

3. **Abs. 2, 3.** Die unter Nr. 2 dargelegten Grundsätze erleiden folgende Modifikationen:

a) Der Eigentümer ist berechtigt, dem Mieter oder Pächter das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen (**Abs. 2 Satz 1**). Die Kündigungsfrist ist für die Miete von Grundstücken im § 565 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4, für die Pacht in dem § 595 bestimmt. Die Kündigung braucht nicht zu dem ersten Termine, zu welchem sie zulässig ist, zu erfolgen, ist vielmehr während der ganzen Dauer der Miete oder Pacht zulässig (s. jedoch unter c). Eine die Kündigung ausschließende oder beschränkende Bestimmung des Miet- oder Pachtvertrags kommt für das Kündigungsrecht des Eigentümers nicht in Betracht.

b) Wird der Nießbrauch durch Verzicht des Nießbrauchers beendigt (s. Erl. zu § 1062), so steht dem Eigentümer das Kündigungsrecht erst von dem Zeitpunkt an zu, in welchem der Nießbrauch, wenn der Verzicht nicht erfolgt wäre, erlöschen würde (**Abs. 2 Satz 2**), regelmäßig also erst von dem Tode des Nießbrauchers an (s. Erl. zu § 1061). Der Mieter oder Pächter soll sicher sein, daß das Miet- oder Pachtverhältnis wenigstens bis zu diesem Zeitpunkte fortdauert.

c) Die Ungewißheit, in welcher sich der Mieter oder Pächter infolge des dem Eigentümer zustehenden Kündigungsrechts (s. unter a) befindet, kann dieser dadurch beseitigen, daß er den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist auffordert, sich zu erklären, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache; erfolgt die Kündigung nicht vor Ablauf der bestimmten Frist, so ist, sofern diese angemessen war, eine Kündigung auf Grund des § 1056 ausgeschlossen (**Abs. 3**). Eine nach dem Miet- oder Pachtvertrage zulässige Kündigung bleibt selbstverständlich unberührt. Über die Voraussetzungen, unter welchen die bestimmte Frist als eine angemessene anzusehen ist, s. Bd. II S. 24ff. Erl. 2—4 zu § 250.

4. **Macht der Eigentümer von dem ihm nach § 1056 Abs. 2 zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch,** so bestimmen sich die Rechte des Mieters oder Pächters gegenüber dem Nießbraucher nach § 541 (s. Erl. 2 dazu), in Verbindung mit den dort in bezug genommenen §§ 537, 538, § 539 Satz 1 und § 540. Hieraus ergibt sich, daß der Mieter oder Pächter, sobald ihm der vertragsmäßige Gebrauch entzogen ist, von der Entrichtung des Mietzinses befreit wird (§ 537), statt dessen aber von dem Nießbraucher Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann (§ 538), beides jedoch dann nicht, wenn ihm bei dem Abschlusse des Miet- oder Pachtvertrags bekannt war, daß dem Vermieter oder Verpächter nur der Nießbrauch an dem vermieteten oder verpachteten Grundstücke zustehe (§ 539 Satz 1). Grobe Fahrlässigkeit des Mieters oder Pächters steht dem Kennen nicht gleich, da der § 539 Satz 2 hier keine Anwendung findet. Eine Vereinbarung, durch welche die Haftung des Nießbrauchers ausgeschlossen wird, ist unwirksam, wenn der Nießbraucher arglistig verschwiegen hat, daß er nur Nießbraucher sei (§ 540).

5. **Die entsprechende Anwendung des § 1056** ist in den §§ 1423, 1663, 2135 bestimmt.

6. **Für den Fall, daß der Eigentümer, nachdem er das Grundstück vermietet oder verpachtet hatte, den Nießbrauch daran bestellt,** besteht nicht eine dem § 1056 entsprechende Vorschrift, vielmehr bestimmt sich das Rechtsverhältnis nach § 577.

§ 1057.

E. II § 966 rev. § 1041; III § 1040. P. II Bd. 3 S. 40f.

Zweck. Um den Eigentümer und den Nießbraucher zu einer baldigen Auseinandersetzung über ihre gegenseitigen Ersatzansprüche zu nötigen, bestimmt der von der zweiten Kommission

von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Vorschriften des §. 558 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

§. 1058. Im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer gilt zu Gunsten des Nießbrauchers der Besteller als Eigenthümer, es sei denn, daß der Nießbraucher weiß, daß der Besteller nicht Eigenthümer ist.

---

eingestellte § 1056 im Anschluß an die §§ 558, 606 (s. Erl. dazu) eine kurze Verjährungsfrist für jene Ansprüche.

1. Satz 1. Einer Verjährung von sechs Monaten unterliegen:

a) die Ersatzansprüche des Eigentümers gegen den Nießbraucher wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache (s. Erl. zu § 1050, Erl. 2 c zu § 1055), nicht aber der Anspruch auf Rückgabe der Sache selbst oder auf Ersatz wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Rückgabe;

b) die Ansprüche des Nießbrauchers gegen den Eigentümer auf Ersatz der Verwendungen und auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung (s. Erl. zu § 1049).

2. Satz 2. Die in betreff des Beginns der Verjährung vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 558 Abs. 2, 3 ergibt folgendes:

a) Die Verjährung der unter Nr. 1 a gedachten Ersatzansprüche des Eigentümers beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Eigentümer die Sache nach der Beendigung des Nießbrauchs zurückerhält. Sie verjähren aber außerdem immer mit der Verjährung des Anspruchs des Eigentümers auf Rückgabe der Sache.

b) Die Verjährung der Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen und auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung beginnt mit der Beendigung des Nießbrauchs.

Diese Vorschriften gelten auch, wenn ein Wechsel in der Person des Eigentümers während des Bestehens des Nießbrauchs stattgefunden hat, für die Ansprüche, welche in der Person des früheren Eigentümers entstanden sind, sowie für die Ansprüche des Nießbrauchers gegen den früheren Eigentümer.

3. **Verhältnis zur ordentlichen Verjährung.** Die ordentliche dreißigjährige Verjährung beginnt nach § 198 mit der Entstehung des Anspruchs. Die Ansprüche des Eigentümers auf Ersatz wegen Verschlechterung oder Veränderung entstehen mit der von dem Nießbraucher verschuldeten Verschlechterung oder Veränderung, die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz der Verwendungen mit diesen. Die ordentliche dreißigjährige Verjährung würde also möglicherweise bereits abgelaufen sein können, bevor die im § 1057 bestimmte Verjährung beginnt. Es fragt sich daher, ob die ordentliche dreißigjährige Verjährung neben der besonderen Verjährung des § 1057 bestehen bleibt oder ob die letztere für die hier fraglichen Ansprüche ausschließlich gilt. Die Frage dürfte in dem letztgedachten Sinne zu entscheiden sein; denn wenn auch der Zweck der Vorschrift zunächst auf eine Abkürzung der Verjährung geht, so ist doch zugleich der Gedanke maßgebend gewesen, daß erst von dem durch Satz 2 bestimmten Zeitpunkt an die Geltendmachung der fraglichen Ansprüche möglichst bald erfolgen solle, während eine frühere Geltendmachung regelmäßig nicht in Betracht kommt. Hätte die ordentliche dreißigjährige Verjährung neben der besonderen Verjährung des § 1057 gelten sollen, so würde dies ausdrücklich bestimmt sein, wie es z. B. im § 852 geschehen ist.

4. **Die Vorschriften des § 1057 gelten auch bei einem in das Grundbuch eingetragenen Nießbrauch an einem Grundstücke.** Die Vorschrift des § 902 Abs. 1 Satz 1, nach welcher Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht verjähren, findet keine Anwendung, weil es sich hier um Ansprüche aus dem durch den Nießbrauch begründeten obligatorischen Verhältnisse handelt. Selbst wenn man die fraglichen Ansprüche aber als unter die Vorschrift des § 902 Abs. 1 Satz 1 fallend betrachtet, so würde doch die Ausnahme des Satz 2 in betreff der Ersatzansprüche des Eigentümers Platz greifen, und nach dem dieser Ausnahme zugrunde liegenden Gedanken müßte man sie auch auf die Ansprüche des Nießbrauchers wegen der Verwendungen ausdehnen.

§ 1058.

E. II § 967 rev. § 1042; III § 1041. P. II Bd. 3 S. 457, 492 ff.; Bd. 4 S. 592, 596, 609.

1. **Zweck und Bedeutung.** Der Besteller des Nießbrauchs und der Eigentümer können verschiedene Personen sein. Dies tritt ein, wenn der Nießbrauch von einem

Nichteigentümer bestellt und auf Grund des guten Glaubens des Erwerbers entstanden ist (s. Erl. 3 zu § 1032), oder wenn der Besteller zwar Eigentümer gewesen, später aber ein Wechsel in der Person des Eigentümers eingetreten ist. Für Fälle dieser Art soll dem Nießbraucher durch die von der zweiten Kommission eingestellte Vorschrift des § 1058 zu Hilfe gekommen werden. Das durch den Nießbrauch begründete Schuldverhältnis besteht zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer, nicht zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller. Der Nießbraucher weiß aber in dem oben zuerst gedachten Falle wenigstens bei der Entstehung des Nießbrauchs nicht, daß der Besteller nicht Eigentümer ist, und auch in dem gedachten zweiten Falle ist es möglich, daß er von dem Wechsel des Eigentums keine Kenntnis erlangt. Um den Nießbraucher gegen die hieraus entstehenden Gefahren zu schützen, wird die im § 1058 bestimmte Fiktion aufgestellt. Die Fiktion gilt, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, nur für das gesetzliche Schuldverhältnis, nicht für die Begründung des Nießbrauchs. Für das Schuldverhältnis hat sie die Bedeutung, daß alle sich auf dieses Verhältnis beziehenden Rechtshandlungen, welche zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller vorgenommen werden, zu Gunsten des Nießbrauchers dieselbe Wirkung haben, wie wenn sie zwischen ihm und dem Eigentümer vorgenommen wären, sofern nicht der Nießbraucher bei der Rechtshandlung weiß, daß der Besteller nicht oder nicht mehr Eigentümer ist. Grobe Fahrlässigkeit steht dem Wissen nicht gleich. Spätere Erlangung der Kenntnis kommt nicht in Betracht.

Aus dem aufgestellten Grundsatz ergibt sich insbesondere folgendes:

a) Leistet der Nießbraucher das von ihm auf Grund des durch den Nießbrauch begründeten Schuldverhältnisses dem Eigentümer Geschuldete an den Besteller, so wird er dadurch dem Eigentümer gegenüber befreit. Dies gilt z. B. von der Erfüllung der dem Nießbraucher obliegenden Verpflichtungen zum Ersatze des Wertes der zuviel gezogenen Früchte und zur Sicherheitsleistung für den demnächstigen Ersatz (§ 1039 Abs. 1), zur Anzeige der im § 1042 bezeichneten Umstände und zur Versicherung der Sache nach Maßgabe des § 1045, von der Bezahlung der dem Nießbraucher nach § 1047 obliegenden Lasten an den Besteller sowie von der Erfüllung der dem Nießbraucher obliegenden Pflichten zur Sicherheitsleistung (§ 1051) und zur Rückgewähr der Sache (§ 1055).

b) Rechtsgeschäfte anderer Art wie die unter a gedachten zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller, die sich auf das gesetzliche Schuldverhältnis beziehen, haben zu Gunsten des Nießbrauchers dem Eigentümer gegenüber dieselbe Wirkung, wie wenn sie zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer vorgenommen wären, so z. B. der vertragsmäßige Erlaß oder die vertragsmäßige Feststellung der von dem Nießbraucher geschuldeten Leistungen.

c) Für Verwendungen kann der Nießbraucher nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag von dem Eigentümer auch dann Ersatz verlangen (§ 1049), wenn die Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Bestellers entspricht oder dieser sie genehmigt. Der Nießbraucher kann aber nicht, wie Fuchs, Grundbuchrecht S. 313 f. Erl. zu § 1058, annimmt, den Ersatz seiner Verwendungen von dem Besteller verlangen; denn die Fiktion des § 1058 gilt nur für das Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer, nicht für das Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller.

d) Zweifelhaft kann sein, ob die Fiktion des § 1058 auch für den Fall gilt, daß der Besteller den Nießbraucher auf Erfüllung einer diesem auf Grund des gesetzlichen Schuldverhältnisses obliegenden Verpflichtung, z. B. auf Schadensersatz wegen verschuldeter Verschlechterung oder verschuldeten Unterganges der Sache, verklagt hat. Die Frage dürfte bei der allgemeinen Fassung des § 1058 zu bejahen sein. Als der für das Wissen des Nießbrauchers maßgebende Zeitpunkt wird hier in entsprechender Anwendung des § 407 Abs. 2 der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit anzusehen sein. Hat der Nießbraucher in diesem Zeitpunkte nicht gewußt, daß der klagende Besteller nicht Eigentümer sei, so wirkt zu seinen Gunsten das die Klage abweisende rechtskräftige Urteil auch gegenüber dem Eigentümer. Ebenso wird sich der Nießbraucher, wenn er gegen den Besteller auf Feststellung des Nichtbestehens eines Anspruchs der gedachten Art geklagt hat, auf das ihm günstige Urteil auch gegen den Eigentümer berufen können, sofern er nicht bei der Rechtshängigkeit gewußt hat, daß der verklagte Besteller nicht Eigentümer sei. Dagegen kann der Nießbraucher, wenn er den Besteller auf Ersatz von Verwendungen verklagt und ein obsiegendes Urteil erlangt hat, auf Grund dieses Urteils nicht den Ersatz der Verwendungen von dem Eigentümer fordern. Der Grund, aus dem in den beiden erstgedachten Fällen das Urteil auch gegen den Eigentümer wirkt, liegt darin, daß das Verhältnis

§. 1059. Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem Anderen überlassen werden.

---

so beurteilt wird, wie wenn der Besteller zur Zeit der Erlassung des Urteils Eigentümer gewesen, der wirkliche Eigentümer aber erst nachher Eigentümer geworden wäre, und daß der spätere Eigentümer die dem früheren Eigentümer gegenüber erfolgte rechtskräftige Entscheidung über Ansprüche der hier fraglichen Art gegen sich gelten lassen muß (s. Erl. 2c zu § 1055). In dem zuletzt gedachten Falle aber braucht der Eigentümer das gegen den Besteller ergangene Urteil, auch wenn dieser zur Zeit der Erlassung des Urteils wirklich Eigentümer gewesen wäre, nicht gegen sich gelten zu lassen (s. Erl. zu § 1049).

2. **Ansprüche des Eigentümers.** Soweit nach dem unter Nr. 1 Gesagten eine von dem Nießbraucher dem Eigentümer geschuldete, aber an den Besteller bewirkte Leistung dem Eigentümer gegenüber wirksam ist, kann dieser von dem Besteller die Herausgabe des Geleisteten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (§ 816 Abs. 2). Hat der Besteller dem Nießbraucher eine von diesem dem Eigentümer geschuldete Leistung unentgeltlich erlassen, so dürfte ein gleicher Anspruch dem Eigentümer nach § 816 Abs. 1 Satz 2 gegen den Nießbraucher zustehen.

3. **Verhältnis zu §§ 891, 893.** Da die Vorschrift des § 1058 auch für den Nießbrauch an Grundstücken gilt, so kann der Nießbraucher selbst dann mit Wirksamkeit gegen den Eigentümer an den Besteller leisten oder Rechtsgeschäfte mit ihm über Ansprüche der hier fraglichen Art vornehmen, wenn der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist, sofern er nur bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist. Diese Kenntnis kann aus der nach § 891 zugunsten des Eigentümers sprechenden Vermutung nicht ohne weiteres gefolgert werden. In den Fällen des § 893 kann der Nießbraucher wirksam sowohl an den eingetragenen Eigentümer als auch, wenn er nicht weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer sei, an den Besteller leisten. Das gleiche gilt von Rechtsgeschäften, welche eine Verfügung über die hier fraglichen Ansprüche des Eigentümers enthalten.

4. **Nur zugunsten des Nießbrauchers, nicht zugunsten des Bestellers gilt die Regel des § 1058.** Der Besteller muß, wenn er einen dem Eigentümer auf Grund des durch den Nießbrauch begründeten gesetzlichen Schuldverhältnisses zustehenden Anspruch geltend macht, sein Eigentum beweisen. In der zweiten Kommission war eine Vorschrift beantragt, nach welcher für den Besteller die Vermutung gelten solle, daß er Eigentümer sei. Der Antrag wurde zwar als sachlich richtig anerkannt, aber der Redaktionskommission die Prüfung überlassen, ob die beantragte Vorschrift nicht entbehrlich sei (P. II Bd. 4 S. 609). Von der Redaktionskommission ist die Vorschrift nicht aufgenommen worden. Bei dem Nießbrauch an einem Grundstücke wird dem praktischen Bedürfnisse durch die Vorschrift des § 891 genügt, nach welcher für den Besteller, wenn er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, die Vermutung des Eigentums spricht. Ist der Besteller nicht eingetragen, so liegt kein Grund vor, eine Vermutung zu seinen Gunsten zu bestimmen. Bei dem Nießbrauch an beweglichen Sachen wird der Besteller mittelbarer Besitzer (s. oben S. 61 Erl. 2b α zu § 868). Für ihn spricht daher die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1, 3 (s. Erl. 5, 6 zu § 1006).

§ 1059.

E. I §§ 1011—1013; II § 968 rev. § 1043; III § 1042. P. I S. 4373 ff., 4535 ff., 4641 ff., 4674 ff., 4687 ff., 11714 ff.; M. III S. 535 ff. P. II Bd. 3 S. 407 ff.; Bd. 6 S. 264. RB. S. 2003. StB. S. 2783. D. S. 668.

1. **Satz 1. Entstehung.** Abweichend vom E. I § 1011, nach welchem der Nießbrauch übertragbar sein sollte, wurde von der zweiten Kommission der die Unübertragbarkeit aussprechende § 1059 eingestellt. Man ging davon aus, daß kein Bedürfnis bestehe, den Nießbrauch zu einem Gegenstande des Verkehrs zu machen, daß vielmehr in den praktisch wichtigsten Fällen, nämlich bei der Bestellung des Nießbrauchs durch Verfügung von Todes wegen oder durch Leibzuchtsvertrag, die Unübertragbarkeit der Natur des Verhältnisses und dem Willen der Beteiligten am meisten entsprächen.

2. **Satz 1. Wirkung.** Aus der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs folgt die Unzulässigkeit der Belastung des Nießbrauchs mit einem Nießbrauch oder mit einem Pfandrechte (§§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2). Ferner ist aus Satz 1 in Verbindung mit § 399 zu entnehmen,

daß auch eine auf Bestellung eines Nießbrauchs gerichtete Forderung nicht übertragen werden kann (abw. Rspr. 1 S. 18). Dagegen ergibt sich daraus, daß nach Satz 2 die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen überlassen werden kann, die Zulässigkeit der Pfändung nach CPO. § 857 Abs. 3, 4.

3. Satz 2. Die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs kann sich auf alle durch den Nießbrauch begründeten Rechte oder nur auf einzelne Nutzungen beziehen; sie kann entgeltlich, insbesondere durch Vermietung oder Verpachtung, oder unentgeltlich erfolgen.

Abweichend von dem gemeinen Rechte und verschiedenen anderen Rechten erlangt derjenige, welchem die Ausübung überlassen wird, kein dingliches Recht an dem Nießbrauch oder an der diesem unterliegenden Sache; daher findet auch eine Eintragung des Rechtes zur Ausübung im Grundbuche nicht statt. Die Überlassung der Ausübung begründet nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher. Hat derjenige, welchem die Ausübung überlassen ist, den Besitz der Sache erlangt, so hat er den possessorischen wie den petitorischen Besitzschutz nach Maßgabe der §§ 858ff., 1007. Er erwirbt die Früchte mit der Trennung nach Maßgabe des § 956. Wird im Wege der Zwangsvollstreckung eine Verwaltung des Nießbrauchs angeordnet (CPO. § 857 Abs. 4), so ist auch der Verwalter an die gültig erfolgte Überlassung der Ausübung, insbesondere an die Miet- und Pachtverträge des Nießbrauchers, gebunden (vgl. ZVG. § 152 Abs. 2).

Endigt der Nießbrauch, so braucht der Eigentümer die Fortsetzung der Ausübung nicht zu dulden; bei der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstücke durch Miet- oder Pachtvertrag kommt jedoch dem Mieter oder Pächter die Vorschrift des § 1056 zu statten. Ob derjenige, welchem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen ist, wenn der Eigentümer nach Beendigung des Nießbrauchs die Fortsetzung der Ausübung nicht gestattet, einen Ersatzanspruch gegen den Nießbraucher hat, bestimmt sich nach dem zwischen ihnen bestehenden obligatorischen Verhältnisse. Bei der Überlassung der Ausübung durch Miet- oder Pachtvertrag entscheidet der § 541 (s. Erl. 4 zu § 1056).

Ein zwischen dem Eigentümer oder dem Besteller und dem Nießbraucher geschlossener Vertrag, daß dieser die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen nicht überlassen solle, hat nur obligatorische Wirkung zwischen den Vertragschließenden. Das Recht des Dritten gegen den Nießbraucher, welchem dieser dem Vertrage zuwider die Ausübung überlassen hat, wird dadurch nicht berührt.

4. **Sicherung des Eigentümers.** In der zweiten Kommission war beantragt, zu bestimmen, daß, falls der Nießbraucher die Ausübung einem anderen überlassen habe, dem Eigentümer gegen den Nießbraucher das Recht auf Sicherheitsleistung nach § 1051 zustehe, wenn das Verhalten des anderen die Besorgnis einer Verletzung der Rechte des Eigentümers begründe, sowie daß ferner, wenn der Nießbraucher ein die Rechte des Eigentümers in erheblichem Maße verletzendes Verhalten desjenigen, welchem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen sei, ungeachtet einer Aufforderung des Eigentümers nicht abstelle, der Eigentümer nach § 1054 die Sequestration verlangen könne. Der Antrag wurde abgelehnt, weil eine Vorschrift der fraglichen Art entbehrlich sei (P. II Bd. 3 S. 410).

Man wird mit der zweiten Kommission davon auszugehen haben, daß sich der Nießbraucher, wenn er im Falle der Überlassung des Nießbrauchs an einen anderen, insbesondere an einen Mieter oder Pächter, die ihm gegen den anderen zustehenden Rechte nicht geltend macht, um diesen von der Verletzung der Rechte des Eigentümers abzuhalten, selbst einer Verletzung seiner Verpflichtungen gegen den Eigentümer schuldig macht, und daß deshalb in solchem Falle die Voraussetzungen des § 1051 und unter Umständen auch die des § 1054 gegeben sein können. Dem Eigentümer wird freilich hierdurch nicht immer geholfen, insbesondere dann nicht, wenn der Nießbraucher dem anderen die Ausübung vertragsmäßig in solcher Art überlassen hat, daß ihm genügende Mittel, dem anderen von der Verletzung des Rechtes des Eigentümers abzuhalten, nicht zustehen. In einem solchen Falle würde auch die Sequestration des Nießbrauchs dem Eigentümer nicht helfen, weil der Sequester an die von dem Nießbraucher gültig vereinbarte Überlassung der Ausübung an einen anderen gebunden ist (vgl. ZVG. § 152 Abs. 2). Immer aber bleibt dem Eigentümer das Recht, gegen denjenigen, welchem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs überlassen hat, wenn dieser die Rechte des Eigentümers verletzt, mit dem negatorischen Eigentumsanspruche nach Maßgabe des § 1004 vorzugehen und sich dadurch gegen Beeinträchtigung seiner Rechte zu schützen.

§. 1059. Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem Anderen überlassen werden.

---

so beurteilt wird, wie wenn der Besteller zur Zeit der Erlassung des Urteils Eigentümer gewesen, der wirkliche Eigentümer aber erst nachher Eigentümer geworden wäre, und daß der spätere Eigentümer die dem früheren Eigentümer gegenüber erfolgte rechtskräftige Entscheidung über Ansprüche der hier fraglichen Art gegen sich gelten lassen muß (s. Erl. 2 c zu § 1055). In dem zuletzt gedachten Falle aber braucht der Eigentümer das gegen den Besteller ergangene Urteil, auch wenn dieser zur Zeit der Erlassung des Urteils wirklich Eigentümer gewesen wäre, nicht gegen sich gelten zu lassen (s. Erl. zu § 1049).

2. **Ansprüche des Eigentümers.** Soweit nach dem unter Nr. 1 Gesagten eine von dem Nießbraucher dem Eigentümer geschuldete, aber an den Besteller bewirkte Leistung dem Eigentümer gegenüber wirksam ist, kann dieser von dem Besteller die Herausgabe des Geleisteten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (§ 816 Abs. 2). Hat der Besteller dem Nießbraucher eine von diesem dem Eigentümer geschuldete Leistung unentgeltlich erlassen, so dürfte ein gleicher Anspruch dem Eigentümer nach § 816 Abs. 1 Satz 2 gegen den Nießbraucher zustehen.

3. **Verhältnis zu §§ 891, 893.** Da die Vorschrift des § 1058 auch für den Nießbrauch an Grundstücken gilt, so kann der Nießbraucher selbst dann mit Wirksamkeit gegen den Eigentümer an den Besteller leisten oder Rechtsgeschäfte mit ihm über Ansprüche der hier fraglichen Art vornehmen, wenn der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist, sofern er nur bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist. Diese Kenntnis kann aus der nach § 891 zugunsten des Eigentümers sprechenden Vermutung nicht ohne weiteres gefolgert werden. In den Fällen des § 893 kann der Nießbraucher wirksam sowohl an den eingetragenen Eigentümer als auch, wenn er nicht weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer sei, an den Besteller leisten. Das gleiche gilt von Rechtsgeschäften, welche eine Verfügung über die hier fraglichen Ansprüche des Eigentümers enthalten.

4. **Nur zugunsten des Nießbrauchers, nicht zugunsten des Bestellers gilt die Regel des § 1058.** Der Besteller muß, wenn er einen dem Eigentümer auf Grund des durch den Nießbrauch begründeten gesetzlichen Schuldverhältnisses zustehenden Anspruch geltend macht, sein Eigentum beweisen. In der zweiten Kommission war eine Vorschrift beantragt, nach welcher für den Besteller die Vermutung gelten solle, daß er Eigentümer sei. Der Antrag wurde zwar als sachlich richtig anerkannt, aber der Redaktionskommission die Prüfung überlassen, ob die beantragte Vorschrift nicht entbehrlich sei (P. II Bd. 4 S. 609). Von der Redaktionskommission ist die Vorschrift nicht aufgenommen worden. Bei dem Nießbrauch an einem Grundstücke wird dem praktischen Bedürfnisse durch die Vorschrift des § 891 genügt, nach welcher für den Besteller, wenn er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, die Vermutung des Eigentums spricht. Ist der Besteller nicht eingetragen, so liegt kein Grund vor, eine Vermutung zu seinen Gunsten zu bestimmen. Bei dem Nießbrauch an beweglichen Sachen wird der Besteller mittelbarer Besitzer (s. oben S. 61 Erl. 2 b α zu § 868). Für ihn spricht daher die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1, 3 (s. Erl. 5, 6 zu § 1006).

§ 1059.

E. I §§ 1011—1013; II § 968 rev. § 1043; III § 1042. M. I S. 4378 ff., 4535 ff., 4641 ff., 4674 ff., 4687 ff., 11714 ff.; M. III S. 535 ff. P. II Bd. 3 S. 407 ff.; Bd. 6 S. 264. RB. S. 2003. StB. S. 2783. D. S. 668.

1. **Satz 1. Entstehung.** Abweichend vom E. I § 1011, nach welchem der Nießbrauch übertragbar sein sollte, wurde von der zweiten Kommission der die Unübertragbarkeit aussprechende § 1059 eingestellt. Man ging davon aus, daß kein Bedürfnis bestehe, den Nießbrauch zu einem Gegenstande des Verkehrs zu machen, daß vielmehr in den praktisch wichtigsten Fällen, nämlich bei der Bestellung des Nießbrauchs durch Verfügung von Todes wegen oder durch Leibzuchtsvertrag, die Unübertragbarkeit der Natur des Verhältnisses und dem Willen der Beteiligten am meisten entsprächen.

2. **Satz 1. Wirkung.** Aus der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs folgt die Unzulässigkeit der Belastung des Nießbrauchs mit einem Nießbrauch oder mit einem Pfandrechte (§§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2). Ferner ist aus Satz 1 in Verbindung mit § 399 zu entnehmen,

daß auch eine auf Bestellung eines Nießbrauchs gerichtete Forderung nicht übertragen werden kann (abw. Rspr. 1 S. 18). Dagegen ergibt sich daraus, daß nach Satz 2 die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen überlassen werden kann, die Zulässigkeit der Pfändung nach CPO. § 857 Abs. 3, 4.

3. **Satz 2.** Die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs kann sich auf alle durch den Nießbrauch begründeten Rechte oder nur auf einzelne Nutzungen beziehen; sie kann entgeltlich, insbesondere durch Vermietung oder Verpachtung, oder unentgeltlich erfolgen.

Abweichend von dem gemeinen Rechte und verschiedenen anderen Rechten erlangt derjenige, welchem die Ausübung überlassen wird, kein dingliches Recht an dem Nießbrauch oder an der diesem unterliegenden Sache; daher findet auch eine Eintragung des Rechtes zur Ausübung im Grundbuche nicht statt. Die Überlassung der Ausübung begründet nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher. Hat derjenige, welchem die Ausübung überlassen ist, den Besitz der Sache erlangt, so hat er den possessorischen wie den petitorischen Besitzschutz nach Maßgabe der §§ 858 ff., 1007. Er erwirbt die Früchte mit der Trennung nach Maßgabe des § 956. Wird im Wege der Zwangsvollstreckung eine Verwaltung des Nießbrauchs angeordnet (CPO. § 857 Abs. 4), so ist auch der Verwalter an die gültig erfolgte Überlassung der Ausübung, insbesondere an die Miet- und Pachtverträge des Nießbrauchers, gebunden (vgl. ZVG. § 152 Abs. 2).

Endigt der Nießbrauch, so braucht der Eigentümer die Fortsetzung der Ausübung nicht zu dulden; bei der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstücke durch Miet- oder Pachtvertrag kommt jedoch dem Mieter oder Pächter die Vorschrift des § 1056 zu statten. Ob derjenige, welchem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen ist, wenn der Eigentümer nach Beendigung des Nießbrauchs die Fortsetzung der Ausübung nicht gestattet, einen Ersatzanspruch gegen den Nießbraucher hat, bestimmt sich nach dem zwischen ihnen bestehenden obligatorischen Verhältnisse. Bei der Überlassung der Ausübung durch Miet- oder Pachtvertrag entscheidet der § 541 (s. Erl. 4 zu § 1056).

Ein zwischen dem Eigentümer oder dem Besteller und dem Nießbraucher geschlossener Vertrag, daß dieser die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen nicht überlassen solle, hat nur obligatorische Wirkung zwischen den Vertragschließenden. Das Recht des Dritten gegen den Nießbraucher, welchem dieser dem Vertrage zuwider die Ausübung überlassen hat, wird dadurch nicht berührt.

4. **Sicherung des Eigentümers.** In der zweiten Kommission war beantragt, zu bestimmen, daß, falls der Nießbraucher die Ausübung einem anderen überlassen habe, dem Eigentümer gegen den Nießbraucher das Recht auf Sicherheitsleistung nach § 1051 zustehe, wenn das Verhalten des anderen die Besorgnis einer Verletzung der Rechte des Eigentümers begründe, sowie daß ferner, wenn der Nießbraucher ein die Rechte des Eigentümers in erheblichem Maße verletzendes Verhalten desjenigen, welchem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen sei, ungeachtet einer Aufforderung des Eigentümers nicht abstelle, der Eigentümer nach § 1054 die Sequestration verlangen könne. Der Antrag wurde abgelehnt, weil eine Vorschrift der fraglichen Art entbehrlich sei (P. II Bd. 3 S. 410).

Man wird mit der zweiten Kommission davon auszugehen haben, daß sich der Nießbraucher, wenn er im Falle der Überlassung des Nießbrauchs an einen anderen, insbesondere an einen Mieter oder Pächter, die ihm gegen den anderen zustehenden Rechte nicht geltend macht, um diesen von der Verletzung der Rechte des Eigentümers abzuhalten, selbst einer Verletzung seiner Verpflichtungen gegen den Eigentümer schuldig macht, und daß deshalb in solchem Falle die Voraussetzungen des § 1051 und unter Umständen auch die des § 1054 gegeben sein können. Dem Eigentümer wird freilich hierdurch nicht immer geholfen, insbesondere dann nicht, wenn der Nießbraucher dem anderen die Ausübung vertragsmäßig in solcher Art überlassen hat, daß ihm genügende Mittel, dem anderen von der Verletzung des Rechtes des Eigentümers abzuhalten, nicht zustehen. In einem solchen Falle würde auch die Sequestration des Nießbrauchs dem Eigentümer nicht helfen, weil der Sequester an die von dem Nießbraucher gültig vereinbarte Überlassung der Ausübung an einen anderen gebunden ist (vgl. ZVG. § 152 Abs. 2). Immer aber bleibt dem Eigentümer das Recht, gegen denjenigen, welchem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs überlassen hat, wenn dieser die Rechte des Eigentümers verletzt, mit dem negatorischen Eigentumsanspruche nach Maßgabe des § 1004 vorzugehen und sich dadurch gegen Beeinträchtigung seiner Rechte zu schützen.

§. 1059. Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem Anderen überlassen werden.

---

so beurteilt wird, wie wenn der Besteller zur Zeit der Erlassung des Urteils Eigentümer gewesen, der wirkliche Eigentümer aber erst nachher Eigentümer geworden wäre, und daß der spätere Eigentümer die dem früheren Eigentümer gegenüber erfolgte rechtskräftige Entscheidung über Ansprüche der hier fraglichen Art gegen sich gelten lassen muß (s. Erl. 2 c zu § 1055). In dem zuletzt gedachten Falle aber braucht der Eigentümer das gegen den Besteller ergangene Urteil, auch wenn dieser zur Zeit der Erlassung des Urteils wirklich Eigentümer gewesen wäre, nicht gegen sich gelten zu lassen (s. Erl. zu § 1049).

2. Ansprüche des Eigentümers. Soweit nach dem unter Nr. 1 Gesagten eine von dem Nießbraucher dem Eigentümer geschuldete, aber an den Besteller bewirkte Leistung dem Eigentümer gegenüber wirksam ist, kann dieser von dem Besteller die Herausgabe des Geleisteten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (§ 816 Abs. 2). Hat der Besteller dem Nießbraucher eine von diesem dem Eigentümer geschuldete Leistung unentgeltlich erlassen, so dürfte ein gleicher Anspruch dem Eigentümer nach § 816 Abs. 1 Satz 2 gegen den Nießbraucher zustehen.

3. Verhältnis zu §§ 891, 893. Da die Vorschrift des § 1058 auch für den Nießbrauch an Grundstücken gilt, so kann der Nießbraucher selbst dann mit Wirksamkeit gegen den Eigentümer an den Besteller leisten oder Rechtsgeschäfte mit ihm über Ansprüche der hier fraglichen Art vornehmen, wenn der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist, sofern er nur bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist. Diese Kenntnis kann aus der nach § 891 zugunsten des Eigentümers sprechenden Vermutung nicht ohne weiteres gefolgert werden. In den Fällen des § 893 kann der Nießbraucher wirksam sowohl an den eingetragenen Eigentümer als auch, wenn er nicht weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer sei, an den Besteller leisten. Das gleiche gilt von Rechtsgeschäften, welche eine Verfügung über die hier fraglichen Ansprüche des Eigentümers enthalten.

4. Nur zugunsten des Nießbrauchers, nicht zugunsten des Bestellers gilt die Regel des § 1058. Der Besteller muß, wenn er einen dem Eigentümer auf Grund des durch den Nießbrauch begründeten gesetzlichen Schuldverhältnisses zustehenden Anspruch geltend macht, sein Eigentum beweisen. In der zweiten Kommission war eine Vorschrift beantragt, nach welcher für den Besteller die Vermutung gelten solle, daß er Eigentümer sei. Der Antrag wurde zwar als sachlich richtig anerkannt, aber der Redaktionskommission die Prüfung überlassen, ob die beantragte Vorschrift nicht entbehrlich sei (P. II Bd. 4 S. 609). Von der Redaktionskommission ist die Vorschrift nicht aufgenommen worden. Bei dem Nießbrauch an einem Grundstücke wird dem praktischen Bedürfnisse durch die Vorschrift des § 891 genügt, nach welcher für den Besteller, wenn er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, die Vermutung des Eigentums spricht. Ist der Besteller nicht eingetragen, so liegt kein Grund vor, eine Vermutung zu seinen Gunsten zu bestimmen. Bei dem Nießbrauch an beweglichen Sachen wird der Besteller mittelbarer Besitzer (s. oben S. 61 Erl. 2 b α zu § 868). Für ihn spricht daher die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1, 3 (s. Erl. 5, 6 zu § 1006).

§ 1059.

E. I §§ 1011—1013; II § 968 rev. § 1043; III § 1042. P. I S. 4373 ff., 4535 ff., 4641 ff., 4674 ff., 4687 ff., 11714 ff.; M. III S. 535 ff. P. II Bd. 3 S. 407 ff.; Bd. 6 S. 264. RB. S. 2003. StB. S. 2782. D. S. 668.

1. Satz 1. Entstehung. Abweichend vom E. I § 1011, nach welchem der Nießbrauch übertragbar sein sollte, wurde von der zweiten Kommission der die Unübertragbarkeit aussprechende § 1059 eingestellt. Man ging davon aus, daß kein Bedürfnis bestehe, den Nießbrauch zu einem Gegenstande des Verkehrs zu machen, daß vielmehr in den praktisch wichtigsten Fällen, nämlich bei der Bestellung des Nießbrauchs durch Verfügung von Todes wegen oder durch Leibzuchtsvertrag, die Unübertragbarkeit der Natur des Verhältnisses und dem Willen der Beteiligten am meisten entsprächen.

2. Satz 1. Wirkung. Aus der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs folgt die Unzulässigkeit der Belastung des Nießbrauchs mit einem Nießbrauch oder mit einem Pfandrechte (§§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2). Ferner ist aus Satz 1 in Verbindung mit § 399 zu entnehmen,

daß auch eine auf Bestellung eines Nießbrauchs gerichtete Forderung nicht übertragen werden kann (abw. Rspr. 1 S. 18). Dagegen ergibt sich daraus, daß nach Satz 2 die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen überlassen werden kann, die Zulässigkeit der Pfändung nach CPO. § 857 Abs. 3, 4.

3. Satz 2. Die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs kann sich auf alle durch den Nießbrauch begründeten Rechte oder nur auf einzelne Nutzungen beziehen; sie kann entgeltlich, insbesondere durch Vermietung oder Verpachtung, oder unentgeltlich erfolgen.

Abweichend von dem gemeinen Rechte und verschiedenen anderen Rechten erlangt derjenige, welchem die Ausübung überlassen wird, kein dingliches Recht an dem Nießbrauch oder an der diesem unterliegenden Sache; daher findet auch eine Eintragung des Rechtes zur Ausübung im Grundbuche nicht statt. Die Überlassung der Ausübung begründet nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher. Hat derjenige, welchem die Ausübung überlassen ist, den Besitz der Sache erlangt, so hat er den possessorischen wie den petitorischen Besitzschutz nach Maßgabe der §§ 858ff., 1007. Er erwirbt die Früchte mit der Trennung nach Maßgabe des § 956. Wird im Wege der Zwangsvollstreckung eine Verwaltung des Nießbrauchs angeordnet (CPO. § 857 Abs. 4), so ist auch der Verwalter an die gültig erfolgte Überlassung der Ausübung, insbesondere an die Miet- und Pachtverträge des Nießbrauchers, gebunden (vgl. ZVG. § 152 Abs. 2).

Endigt der Nießbrauch, so braucht der Eigentümer die Fortsetzung der Ausübung nicht zu dulden; bei der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstücke durch Miet- oder Pachtvertrag kommt jedoch dem Mieter oder Pächter die Vorschrift des § 1056 zu statten. Ob derjenige, welchem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen ist, wenn der Eigentümer nach Beendigung des Nießbrauchs die Fortsetzung der Ausübung nicht gestattet, einen Ersatzanspruch gegen den Nießbraucher hat, bestimmt sich nach dem zwischen ihnen bestehenden obligatorischen Verhältnisse. Bei der Überlassung der Ausübung durch Miet- oder Pachtvertrag entscheidet der § 541 (s. Erl. 4 zu § 1056).

Ein zwischen dem Eigentümer oder dem Besteller und dem Nießbraucher geschlossener Vertrag, daß dieser die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen nicht überlassen solle, hat nur obligatorische Wirkung zwischen den Vertragschließenden. Das Recht des Dritten gegen den Nießbraucher, welchem dieser dem Vertrage zuwider die Ausübung überlassen hat, wird dadurch nicht berührt.

4. **Sicherung des Eigentümers.** In der zweiten Kommission war beantragt, zu bestimmen, daß, falls der Nießbraucher die Ausübung einem anderen überlassen habe, dem Eigentümer gegen den Nießbraucher das Recht auf Sicherheitsleistung nach § 1051 zustehe, wenn das Verhalten des anderen die Besorgnis einer Verletzung der Rechte des Eigentümers begründe, sowie daß ferner, wenn der Nießbraucher ein die Rechte des Eigentümers in erheblichem Maße verletzendes Verhalten desjenigen, welchem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen sei, ungeachtet einer Aufforderung des Eigentümers nicht abstelle, der Eigentümer nach § 1054 die Sequestration verlangen könne. Der Antrag wurde abgelehnt, weil eine Vorschrift der fraglichen Art entbehrlich sei (P. II Bd. 3 S. 410).

Man wird mit der zweiten Kommission davon auszugehen haben, daß sich der Nießbraucher, wenn er im Falle der Überlassung des Nießbrauchs an einen anderen, insbesondere an einen Mieter oder Pächter, die ihm gegen den anderen zustehenden Rechte nicht geltend macht, um diesen von der Verletzung der Rechte des Eigentümers abzuhalten, selbst einer Verletzung seiner Verpflichtungen gegen den Eigentümer schuldig macht, und daß deshalb in solchem Falle die Voraussetzungen des § 1051 und unter Umständen auch die des § 1054 gegeben sein können. Dem Eigentümer wird freilich hierdurch nicht immer geholfen, insbesondere dann nicht, wenn der Nießbraucher dem anderen die Ausübung vertragsmäßig in solcher Art überlassen hat, daß ihm genügende Mittel, dem anderen von der Verletzung des Rechtes des Eigentümers abzuhalten, nicht zustehen. In einem solchen Falle würde auch die Sequestration des Nießbrauchs dem Eigentümer nicht helfen, weil der Sequester an die von dem Nießbraucher gültig vereinbarte Überlassung der Ausübung an einen anderen gebunden ist (vgl. ZVG. § 152 Abs. 2). Immer aber bleibt dem Eigentümer das Recht, gegen denjenigen, welchem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs überlassen hat, wenn dieser die Rechte des Eigentümers verletzt, mit dem negatorischen Eigentumsanspruche nach Maßgabe des § 1004 vorzugehen und sich dadurch gegen Beeinträchtigung seiner Rechte zu schützen.

§. 1060. Trifft ein Nießbrauch mit einem anderen Nießbrauch oder mit einem sonstigen Nutzungsrecht an der Sache dergestalt zusammen, daß die Rechte neben einander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so findet die Vorschrift des §. 1024 Anwendung.

§. 1061. Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers. Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser.

---

§ 1060.

E. I § 976; II § 969 rev. § 1044; III § 1043. P. I S. 4384 ff.; M. III S. 486 f., 499. P. II Bd. 3 S. 387.

Die Vorschrift entspricht der des § 1024 (vgl. Erl. dazu). Treffen zwei Nießbrauche von gleichem Range zusammen, was nur äußerst selten vorkommen wird, so ist das Verhältnis so zu regeln, wie wenn der Nießbrauch beiden Berechtigten gemeinschaftlich zustände (s. Erl. zu § 1066).

§ 1061.

E. I § 1014; II § 970 rev. § 1045; III § 1044. P. I S. 4413 ff.; M. III S. 530 f. P. II Bd. 3 S. 410 ff.

1. **Beendigung des Nießbrauchs im allgemeinen.** Die §§ 1061—1064 enthalten Bestimmungen über die Beendigung des Nießbrauchs. Außer in den in diesen Paragraphen bestimmten Fällen endigt der Nießbrauch noch aus folgenden Gründen:

a) durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung, unter welcher der Nießbrauch bestellt ist, sowie durch den Eintritt eines bestimmten Endtermins (s. §§ 158, 163);

b) ein im Grundbuch mit Unrecht gelöschter sowie ein in das Grundbuch nicht eingetragener kraft Gesetzes entstandener Nießbrauch an einem Grundstücke durch Verjährung des Anspruchs gegen den Eigentümer nach Maßgabe des § 901;

c) der Nießbrauch an einer beweglichen Sache durch den Erwerb des Eigentums an der Sache mittels Übertragung oder Ersitzung, wenn der Erwerber in Ansehung des Nießbrauchs in gutem Glauben war, nach Maßgabe der §§ 936, 945 sowie durch die Veräußerung der Sache als Pfand, sofern der Nießbrauch nicht allen Pfandrechten im Range vorgeht, nach Maßgabe des § 1242 Abs. 2. Bei der Bestellung eines Pfandrechts an der Sache geht dieses dem Nießbrauche vor, es sei denn, daß der Pfandgläubiger in Ansehung des Nießbrauchs nicht in gutem Glauben war (§ 1208);

d) durch den Untergang der Sache, nicht schon wie nach gemeinem Rechte durch wesentliche Umgestaltung der Sache. Über die Beendigung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Verbindung, Vermischung, Vermengung sowie durch Verarbeitung oder Umbildung s. § 949, § 950 Abs. 2;

e) durch Enteignung. Über die dem Nießbraucher bei der Enteignung der Sache für den Fall, daß er nicht selbständig entschädigt wird, zustehenden Rechte s. Erl. 6 zu § 1042.

2. **Satz 1** enthält den für die Dauer des Nießbrauchs maßgebenden Grundsatz (s. Vorbm. zu diesem Titel Nr. 2), daß der Nießbrauch, welcher einer natürlichen Person zusteht, immer mit deren Tode endigt. Die Vorschrift ist zwingender Natur. Ein unter einer auflösenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Endtermins bestellter Nießbrauch endigt mit dem Tode des Nießbrauchers auch dann, wenn die Bedingung oder der Endtermin noch nicht eingetreten ist. Im Falle der Todeserklärung des Nießbrauchers wird der Tod nach Maßgabe des § 18 vermutet; Gegenbeweis ist zulässig. Solange eine Todeserklärung nicht erfolgt ist, gilt die Lebensvermutung des § 19.

3. **Satz 2.** Der Nießbrauch, welcher einer juristischen Person zusteht, erlischt mit dieser, nicht, wie im E. I § 1014 bestimmt war, mit dem Ablaufe von hundert Jahren. Durch diese Vorschrift wird, da manche juristische Personen, insbesondere die des öffentlichen Rechtes überhaupt nicht oder doch nicht in absehbarer Zeit erlöschen, dem für den Nießbrauch sonst maßgebenden Grundsatze zuwider eine dauernde Trennung des Nutzungsrechts von dem Eigentum ermöglicht. Man hat das sich hieraus ergebende Bedenken indessen bei der verhältnismäßigen Seltenheit der Fälle und den besonderen Verhältnissen, die bei dem Nießbrauch einer juristischen Person zu bestehen pflegen, sowie bei der Willkürlichkeit, welche in der Festsetzung einer bestimmten Zeitgrenze immer liegt, nicht für durchschlagend gehalten.

Als juristische Personen im Sinne des § 1061 sind auch solche Gesellschaften, Verbände und Genossenschaften zu betrachten, welche, auch wenn sie theoretisch nicht als juristische Personen

§. 1062. Wird der Nießbrauch an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so erstreckt sich die Aufhebung im Zweifel auf den Nießbrauch an dem Zubehöre.

---

anzusehen sind, doch auf ihrem Namen oder unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden können. Dies gilt auch von der offenen Handelsgesellschaft (HGB. § 124). Einer Gesellschaft dieser Art kann als solcher der Nießbrauch bestellt werden. Hieraus wird zu folgern sein, daß, wenn dies geschehen ist, der Nießbrauch nach der Absicht des § 1061 Satz 2 erst mit dem Erlöschen des berechtigten Subjekts, also der Gesellschaft, beendigt wird (ebenso Dernburg Bd. 3 § 185 Nr. 2 S. 541; a. A. Cosack Bd. 2 S. 187 VI, 1, der den Nießbrauch einer offenen Handelsgesellschaft erlöschen lassen will, wenn der letzte der zur Zeit der Nießbrauchsbestellung vorhandenen Gesellschafter stirbt). Anders liegt die Sache selbstverständlich, wenn der Nießbrauch einem einzelnen Gesellschafter bestellt und von diesem die Ausübung der Gesellschaft überlassen ist; dann erlischt der Nießbrauch mit dem Tode des Gesellschafters. Einer Gesellschaft des BGB. (§§ 705 ff.) als solcher kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden, ebensowenig einem nicht rechtsfähigen Vereine (§ 54). Hier ist nur die Bestellung für einen einzelnen Gesellschafter oder für ein einzelnes Mitglied gültig, und der Nießbrauch endigt daher mit dessen Tode.

Über das Erlöschen eines rechtsfähigen Vereins durch Auflösung oder Entziehung der Rechtsfähigkeit s. die §§ 41—43, 73, 74 (vgl. Bd. I S. 113 Erl. zu § 41). Über das Erlöschen einer Stiftung s. Bd. I S. 157 Erl. zu § 88. Zweifelhaft ist, ob, wenn nach dem Erlöschen eines Vereins oder einer Stiftung oder einer Gesellschaft der oben bezeichneten Art eine Liquidation erfolgen muß, der Nießbrauch mit dem Erlöschen der juristischen Person oder erst mit der Beendigung der Liquidation endigt. Das letztere wird von Dernburg a. a. O. auf Grund der Bestimmung angenommen, daß der Verein, die Stiftung oder die Gesellschaft bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend gilt, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert (§ 49 Abs. 2); für Handelsgesellschaften (HGB. §§ 149, 156) vgl. RG. 16 S. 1, s. auch RG. 5 S. 7, 28 S. 139. Dieser Auffassung, die dazu führt, daß die Liquidation und damit der Nießbrauch so lange fortdauert, bis aus den Nutzungen des Nießbrauchs alle Schulden der erloschenen juristischen Person berichtigt sind, dürfte das Bedenken entgegenstehen, daß der Zweck der Liquidation das Fortbestehen des Nießbrauchs nicht erfordert und daß eine solche Ausdehnung der Dauer des Nießbrauchs der regelmäßigen Absicht bei der Bestellung des Nießbrauchs nicht entsprechen dürfte.

4. **Für die Löschung** eines im Grundbuch eingetragenen Nießbrauchs, der durch den Tod des Berechtigten beendigt ist, gelten die Vorschriften der GBO. §§ 22, 23.

5. **Übergangsrecht.** Die Dauer eines bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Nießbrauchs bestimmt sich gemäß EG. Art. 184 nach dem bisherigen Rechte, und zwar, da die Dauer eines Rechtes zu dessen Inhalte gehört, nicht, wie Dernburg a. a. O. vorauszusetzen scheint, nur dann, wenn die Beschränkung auf Grund der Auslegung des Bestellungsgeschäfts anzunehmen ist, sondern allgemein.

§ 1062.

E. II § 971 rev. § 1046; III § 1046; III § 1045. P. II Bd. 3 S. 412.

1. **Die Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft** bestimmt sich in Ermangelung besonderer Bestimmungen nach den allgemeinen Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Aufhebung von Rechten an Grundstücken (§§ 875, 878). Sie geschieht also durch Willenserklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Grundbuchamt oder gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Dies kann der Eigentümer oder ein gleich- oder nachstehender Berechtigter sein (s. Erl. 3b zu § 875). Der § 876 kommt, abgesehen von dem Falle, daß der Nießbrauch gepfändet ist, nicht in Frage, da der Nießbrauch nicht mit Rechten Dritter belastet sein und nicht dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehen kann.

2. **Zu der rechtsgeschäftlichen Aufhebung des Nießbrauchs an dem Zubehör eines Grundstücks** würde in Ermangelung besonderer Vorschriften nach § 1064 die Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer oder gegenüber dem Besteller erforderlich sein. Im Anschluß an die über die Begründung des Nießbrauchs an dem Zubehör eines Grundstücks getroffene Vorschrift des § 1031 soll nach § 1062 die Aufhebung des Nießbrauchs an dem Zubehör auch durch die Aufhebung des Nießbrauchs an dem Grundstück erfolgen können. Die Vorschrift enthält

§. 1063. Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache erlischt, wenn er mit dem Eigenthum in derselben Person zusammentrifft.

Der Nießbrauch gilt als nicht erloschen, soweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs hat.

§. 1064. Zur Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthümer oder dem Besteller, daß er den Nießbrauch aufgebe.

---

ein Doppeltes. Es wird dadurch zunächst, wie die Worte „im Zweifel" ergeben, im Anschluß an die Vorschrift des § 926 Abs. 1 Satz 2 eine Auslegungsregel dahin gegeben, daß der Nießbraucher bei der rechtsgeschäftlichen Aufhebung des Nießbrauchs an dem Grundstücke den Willen gehabt habe, auch den Nießbrauch an dem Zubehör aufzugeben. Sodann wird bestimmt, daß, wenn der Wille hierauf gerichtet sei, durch die Aufhebung des Nießbrauchs an dem Grundstück auch der Nießbrauch an dem Zubehör aufgehoben werde. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Aufhebungserklärung gegenüber dem Eigentümer oder gegenüber einem gleich- oder nachstehend Berechtigten oder gegenüber dem Grundbuchamt erfolgt ist.

Selbstverständlich ist auch eine selbständige Aufhebung des Nießbrauchs an dem Zubehöre nach Maßgabe des § 1064 zulässig.

§ 1063.

E. I § 1016 Abs. 1; II § 972 rev. § 1047; III § 1046. M. I S. 4427 f.; M. III S. 531. P. II Bd. 3 S. 412; Bd. 6 S. 390.

1. **Ein Zusammentreffen des Nießbrauchs mit dem Eigentum in einer Person** kann, da der Nießbrauch weder durch Erbfolge noch durch Übertragung auf den Eigentümer übergehen kann, nur in der Art eintreten, daß der Nießbraucher das Eigentum erwirbt. Das Zusammentreffen ist bei Grundstücken nach § 889 auf den Fortbestand des Nießbrauchs ohne Einfluß. Bei dem Nießbrauch an beweglichen Sachen besteht regelmäßig kein Bedürfnis, den Nießbrauch nach dem Zusammentreffen fortbestehen zu lassen. Als Regel wird daher hier im Abs. 1 ausgesprochen, daß der Nießbrauch mit dem Zusammentreffen erlischt.

2. Der Abs. 2 bestimmt eine Ausnahme für den Fall, daß der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs hat. Diese Voraussetzung ist gegeben:

a) wenn an der Sache außer dem Nießbrauch ein Pfandrecht besteht. Geht der Nießbrauch allen an der Sache bestehenden Pfandrechten im Range vor, so bleibt er nach § 1242 Abs. 2 Satz 2 im Falle der Veräußerung der Sache durch den Pfandgläubiger bestehen, während das Eigentum erlischt. Hier hat der Eigentümer also immer ein Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs. Steht der Nießbrauch einem an der Sache bestehenden Pfandrecht im Range nach, so erlischt er mit der Veräußerung der Sache (§ 1242 Abs. 2 Satz 2), doch tritt der Erlös, soweit er nicht dem Pfandgläubiger gebührt, nach § 1247 Satz 2 an die Stelle des Pfandes. An dem Erlöse besteht also auch der Nießbrauch fort. Regelmäßig hat der Eigentümer, dem als solchem der Erlös zufällt, kein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs. Ein solches Interesse kann aber dadurch begründet sein, daß an der Sache noch ein im Range nachstehendes Pfandrecht oder ein im Range gleich- oder nachstehender Nießbrauch besteht. Diese dauern an dem Erlöse fort, und deshalb hat in diesem Falle der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen seines Nießbrauchs;

b) wenn an der Sache noch ein anderer im Range gleich- oder nachstehender Nießbrauch besteht. Diesem gegenüber hat der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen seines Nießbrauchs.

3. **Eine dem § 1063 entsprechende Vorschrift** für das Pfandrecht enthält der § 1256 (s. Erl. 3 dazu).

§ 1064.

E. I § 1016 Abs. 2; II § 973 rev. § 1048; III § 1047. M. I S. 4417 ff., 4441 ff., 6227 f., 6234; M. III S. 531 f. P. II Bd. 3 S. 412, 457; Bd. 4 S. 592 f., 595 f., 608 f.

Zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache läßt der § 1064 aus ähnlichen Gründen, aus welchen für die Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke die einseitige Willenserklärung des Berechtigten für genügend erachtet ist (§ 875, oben S. 93 Erl. 2, 3), die einseitige Willenserklärung des Berechtigten genügen.

§. 1065. Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigenthume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Erklärung kann nicht bloß gegenüber dem Eigentümer, sondern wie aus Zweckmäßigkeitsgründen bestimmt ist, auch gegenüber dem Besteller erfolgen, und dies abweichend vom § 1058 auch dann, wenn der Nießbraucher weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist. Im übrigen bestimmen sich die Erfordernisse der Erklärung nach den Vorschriften über einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte.

Die Rückgabe der Sache ist nicht erforderlich und für sich allein auch nicht genügend; doch kann darin eine stillschweigende Aufhebungserklärung liegen.

Eine dem § 1062 entsprechende Vorschrift in betreff des Zubehörs besteht für bewegliche Sachen nicht; jedoch wird eine die Aufhebung des Nießbrauchs an der Hauptsache betreffende Willenserklärung regelmäßig dahin auszulegen sein, daß sie sich auch auf das Zubehör bezieht, und dann genügt sie nach § 1064.

Ist derjenige, welcher die Erklärung abzugeben hat, nicht wirklich der Berechtigte, so wird dadurch der Nießbrauch auch dann nicht aufgehoben, wenn der Eigentümer ohne grobe Fahrlässigkeit den Erklärenden für den Berechtigten hielt. Die Erklärung ist oder wird jedoch wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten abgegeben ist oder dieser sie später genehmigt (§ 185).

§ 1065.

E. I § 1017; II § 974 rev. § 1049; III § 1048. P. I S. 4429 ff.; M. III S. 532 f. P. II Bd. 3 S. 412 f.

1. **Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentum** auf die Ansprüche des Nießbrauchers ergibt folgendes:

a) Der Nießbraucher hat den Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den unmittelbaren wie gegen den mittelbaren Besitzer (§ 985). Dem Besitzer stehen gegen diesen Anspruch die im § 986 Abs. 1 bestimmte Einrede und, wenn der Nießbrauch an einer beweglichen Sache nach § 1032 Satz 2 mittels Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe bestellt ist, die in § 986 Abs. 2 bezeichneten Einwendungen zu.

Auf Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen sowie auf Schadensersatz hat der Nießbraucher unter denselben Voraussetzungen Anspruch wie der Eigentümer (§§ 987—993). Auf die Nutzungen hat der Nießbraucher aber nur insoweit Anspruch, als sie ihm gebühren, nicht also auf diejenigen Nutzungen, welche bei der Bestellung des Nießbrauchs ausgenommen sind. Schadensersatz kann der Nießbraucher nur insoweit fordern, als er durch das schuldhafte Verhalten des Besitzers Schaden erlitten hat. Die von Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 318 Erl. 1 zu § 1065, vertretene Auffassung, daß der Nießbraucher an der dem Eigentümer als Schadensersatz zu zahlende Summe den Nießbrauch nach den Grundsätzen über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen (§ 1067) habe, läßt sich aus den Vorschriften des BGB. nicht ableiten.

Auf den Ersatz von Verwendungen hat der Besitzer dem Nießbraucher gegenüber in demselben Umfang Anspruch wie gegenüber dem Eigentümer; jedoch kommt es, soweit nach § 994 Abs. 2 der Ersatz nur nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag gefordert werden kann, auf das Interesse und den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Nießbrauchers, nicht des Eigentümers an (§ 683). Das Recht auf Wegnahme einer mit der Sache verbundenen anderen Sache steht dem Besitzer gegen den Nießbraucher unter den im § 997 bestimmten Voraussetzungen zu. Handelt es sich um den Nießbrauch an einem landwirtschaftlichen Grundstücke, so kann der Besitzer den Ersatz der auf die noch nicht getrennten Früchte verwendeten Kosten nach Maßgabe des § 998 fordern. Für die Verwendungen eines Vorbesitzers kann der Besitzer nach Maßgabe des § 999 Abs. 1 Ersatz fordern; ebenso nach § 999 Abs. 2 für diejenigen Verwendungen, welche er, bevor der Nießbrauch begründet wurde, gemacht hat. In betreff des Zurückbehaltungsrechts des Besitzers und der Voraussetzungen, unter welchen der Anspruch auf Ersatz im Wege der Klage geltend gemacht werden kann, finden die Vorschriften der §§ 1000—1002 Anwendung. Die Vorschriften des § 1003, nach welchen der Besitzer nach fruchtlosem Ablaufe der dort bestimmten Frist Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen suchen kann, werden, da der Nießbrauch nicht veräußert werden kann, nur in der Art entsprechende Anwendung finden können, daß der Besitzer aus dem Nießbrauch auf dem Wege der Zwangsvollstreckung nach CPO. § 857 Abs. 3, 4 Befriedigung suchen kann.

§. 1066. Besteht ein Nießbrauch an dem Antheil eines Miteigenthümers, so übt der Nießbraucher die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigenthümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben.

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann nur von dem Miteigenthümer und dem Nießbraucher gemeinschaftlich verlangt werden.

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Nießbraucher der Nießbrauch an den Gegenständen, welche an die Stelle des Antheils treten.

Ist der Eigentümer der Beklagte, so sind für den Anspruch des Nießbrauchers auf Herausgabe die für das obligatorische Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer geltenden Vorschriften maßgebend.

b) Wird das Recht des Nießbrauchers in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so hat er den negatorischen Anspruch nach Maßgabe des § 1004.

c) Befindet sich eine dem Nießbrauch unterliegende Sache auf einem Grundstücke, das ein anderer als der Nießbraucher besitzt, so hat dieser den Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung nach Maßgabe der §§ 1005, 867.

d) Bei einem mehreren gemeinschaftlich zustehenden Nießbrauche findet der § 1011 entsprechende Anwendung.

e) Auch der § 1006 gehört zu den für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften, die nach § 1065 auf die Ansprüche des Nießbrauchers entsprechende Anwendung finden. Zu Gunsten des gegenwärtigen oder früheren Besitzers einer beweglichen Sache, der sie als Nießbraucher zu besitzen oder besessen zu haben behauptet, gilt also nach Maßgabe des § 1006 die Vermutung, daß er Nießbraucher ist oder während der Dauer seines Nießbrauchs gewesen ist (oben S. 334 Erl. 3aβ zu § 1006), und zwar kommt ihm diese Vermutung nicht nur für die Geltendmachung der dinglichen Ansprüche aus dem Nießbrauche, sondern auch, entsprechend dem in der Erl. 6 zu § 1006 Bemerkten, für die Geltendmachung obligatorischer Ansprüche zu statten.

2. **Ist der Nießbraucher im Besitze**, so genießt er den Besitzschutz nach Maßgabe der §§ 858ff. und hat bei beweglichen Sachen, wenn er den Besitz verloren hat, auch den petitorischen Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze nach Maßgabe des § 1007 (s. Erl. 8 zu § 1007.)

3. **Weitere Schutzmittel** sind die persönlichen Ansprüche auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, die jedoch gegen den Besitzer der Sache nach Maßgabe der §§ 992, 993 beschränkt sind.

4. **Eine dem § 1065 entsprechende Vorschrift** enthält für das Pfandrecht der § 1227.

§ 1066.

E. I § 985; II § 975 rev. § 1050; III § 1049. P. I S. 4747 ff., 6266, 6272; M. III S. 497 ff. P. II Bd. 3 S. 387; Bd. 4 S. 597 f.

1. **Der § 1066 gibt Vorschriften für den Fall**, daß ein Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers besteht, sei es, daß er von vornherein an dem Anteile bestellt ist oder daß sich der Nießbrauch an einer beweglichen Sache nachträglich infolge Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung in einen Nießbrauch an einem Miteigentumsanteil umgewandelt hat (Erl. 1b zu § 949, Erl. 2d zu § 959).

Das Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Miteigentümern wird in folgender Weise geregelt:

a) Abs. 1. Die sich auf die Verwaltung und die Art der Benutzung der Sache beziehenden Rechte, welche jedem Miteigentümer nach den §§ 743—745 zustehen, werden, soweit sie dem Eigentümer des Anteils, an welchem der Nießbrauch besteht, zustehen, von dem Nießbraucher kraft seines dinglichen Rechtes ausgeübt. Der Nießbraucher bezieht die sich aus der Benutzung ergebenden Nutzungen, soweit sie nicht von dem Nießbrauch ausgenommen sind. Bestand bei der Bestellung des Nießbrauchs eine die Miteigentümer bindende Vereinbarung über die Benutzung und Verwaltung, so ist an diese auch der Nießbraucher gebunden (§ 746). Zu den auf der Sache ruhenden Lasten und den Kosten der Verwaltung nach Maßgabe des § 748 beizutragen ist der Nießbraucher den übrigen Miteigentümern gegenüber nicht verpflichtet. Diese können sich wegen jener Lasten und Kosten nur an den Miteigentümer des Anteils halten, an

§. 1067. Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so wird der Nießbraucher Eigenthümer der Sachen; nach der Beendigung des Nießbrauchs

---

welchem der Nießbrauch besteht. Ob und inwieweit gegenüber diesem der Nießbraucher verpflichtet ist, die fraglichen Lasten und Kosten zu tragen, bestimmt sich nach dem durch den Nießbrauch begründeten Schuldverhältnis, insbesondere also nach den §§ 1041, 1047.

b) Abs. 2. Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, kann nur von dem betreffenden Miteigentümer und dem Nießbraucher gemeinschaftlich gegen die übrigen Miteigentümer geltend gemacht werden. Anderseits können auch diese das gleiche Recht nur gegen den betreffenden Miteigentümer und Nießbraucher gemeinschaftlich geltend machen. Die Fassung des E. I „kann nur von dem Miteigentümer und den Nießbraucher gemeinschaftlich geltend gemacht werden", schloß ihrem Wortlaute nach den letztgedachten Fall aus. In der zweiten Kommission war, um den Fall mitzutreffen, beantragt, vor dem Worte „gemeinschaftlich" einzuschalten: „und nur gegen beide". Der Antrag wurde von einer Seite bekämpft, weil er unrichtig sei, indem der Nießbraucher sich die zwischen den Miteigentümern ohne seine Mitwirkung erfolgte Teilung gefallen lassen müsse. Von anderer Seite wurde der Antrag wegen der dinglichen Natur des Nießbrauchs als selbstverständlich bezeichnet und darauf von dem Antragsteller zurückgezogen (P. II Bd. 3 S. 387). Die Auffassung, daß die fragliche Vorschrift sich aus der dinglichen Natur des Nießbrauchs von selbst ergebe, dürfte richtig sein. Sie hat auch in der jetzigen Fassung insofern Ausdruck gefunden, als gesagt ist, daß die Aufhebung der Gemeinschaft nur „von dem Miteigentümer und dem Nießbraucher gemeinschaftlich verlangt werden" kann (nicht: geltend gemacht werden kann), und diese Worte darauf hindeuten, daß es sich sowohl um die aktive wie um die passive Legitimation handelt. Es liegt hier also ein Fall notwendiger Streitgenossenschaft (CPO. § 62) vor.

c) Abs. 3. Dem Nießbraucher gebührt der Nießbrauch an den Gegenständen, welche bei der Aufhebung der Gemeinschaft an die Stelle des Anteils treten. Dies bedeutet nach dem Sprachgebrauche des BGB. (vgl. z. B. einerseits § 101, anderseits die §§ 1046, 1075) nicht, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an diesen Gegenständen kraft des Gesetzes erwirbt, sondern nur, daß er ein Recht auf die Bestellung des Nießbrauchs hat (ebenso Biermann Erl. 2 zu § 1066; Dernburg Bd. 3 S. 548 § 187 Nr. 5; a. A. Fuchs, Grundbuchrecht S. 319 Erl. 4 zu § 1066). Der Nießbraucher ist aber dadurch gesichert, daß er aktiv und passiv an dem Teilungsverfahren teilnimmt. Er kann also verlangen, daß die Auseinandersetzung in der Art erfolgt, daß gleichzeitig mit der Übertragung des Eigentums der betreffenden Gegenstände an den Eigentümer des Anteils ihm der Nießbrauch daran bestellt werde.

2. **Für den Fall, daß an dem Bruchteil einer im Alleineigentume stehenden Sache ein Nießbrauch besteht,** enthält der § 1066 keine ausdrückliche Bestimmung. Im E. I § 985 Abs. 2 war für diesen Fall bestimmt, daß das Rechtsverhältnis in Ansehung der Nutzungsgemeinschaft so beurteilt werden solle, wie wenn beiden der Nießbrauch an der ganzen Sache gemeinschaftlich zustände. Von der zweiten Kommission wurde die Vorschrift zwar als richtig, aber als unnötig betrachtet und deshalb gestrichen. Sie ergibt sich in der Tat aus der entsprechenden Anwendung des § 1066 Abs. 1. Die Aufhebung der Gemeinschaft kann in diesem Falle weder von dem Eigentümer gegenüber dem Nießbraucher, noch von dem letzteren gegenüber dem ersteren verlangt werden, vielmehr kann sie nur im Einverständnisse beider erfolgen.

3. **Für den Fall, daß der Nießbrauch an einer Sache mehreren gemeinschaftlich zusteht,** enthält der § 1066 gleichfalls keine Vorschrift. Es liegt hier ein gewöhnlicher Fall der Gemeinschaft vor. Die Vorschriften der §§ 742—745, 748 finden daher Anwendung. Zu beachten ist nur, daß nicht die Sache, sondern nur der Nießbrauch gemeinschaftlich ist, und daß daher z. B. die Vorschrift des § 748 nur für die Lasten des Nießbrauchs und für die Kosten seiner Verwaltung und Nutzung gilt. Die Vorschriften der §§ 746, 747, 749—758 finden keine Anwendung, weil sie die Möglichkeit der Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand oder den Anteil eines Teilhabers voraussetzen, der Nießbrauch aber weder ganz noch zu einem Anteil übertragbar ist.

§ 1067.

E. I §§ 1018—1020; II § 976 rev. § 1051; III § 1050. P. I S. 4648 ff.; M. III S. 533 ff. P. II Bd. 3 S. 413.

Grund und Zweck. Bei verbrauchbaren Sachen (§ 92) läßt sich der wirtschaftliche Zweck des Nießbrauchs nicht auf dem Wege erreichen, daß dem Nießbraucher ein Nutzungsrecht

hat er dem Besteller den Werth zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten. Sowohl der Besteller als der Nießbraucher kann den Werth auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen.

Der Besteller kann Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Anspruch auf Ersatz des Werthes gefährdet ist.

---

an der Sache eingeräumt wird, das Eigentum aber und die Verfügung über die Sache dem Eigentümer verbleibt (s. oben S. 385 Vorbm. 3 zur ersten Unterabteilung). Für verbrauchbare Sachen werden deshalb im § 1067 besondere Bestimmungen getroffen.

1. Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1. Der Nießbraucher wird durch die Bestellung des Nießbrauchs an einer verbrauchbaren Sache Eigentümer der Sache. Dazu ist nicht notwendig, daß der Wille auf Übertragung des Eigentums gerichtet ist. Es genügt vielmehr, sofern die Sache objektiv eine verbrauchbare, also eine solche ist, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht, daß der Nießbrauch daran nach Maßgabe des § 1032, sei es vom Eigentümer, sei es von einem Nichteigentümer, bestellt wird. War die Sache bei der Bestellung des Nießbrauchs nicht eine verbrauchbare, wird sie es aber später, so geht mit dem Zeitpunkt, in welchem dies geschieht, das Eigentum auf den Nießbraucher über. Das Rechtsverhältnis, das bis dahin nach den Vorschriften über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen zu beurteilen ist, verwandelt sich in einen Nießbrauch an einer verbrauchbaren Sache. Eine solche Umwandlung kann z. B. eintreten, wenn ein Tier, an dem der Nießbrauch bestellt ist, stirbt.

Zweifelhaft kann sein, ob der Nießbrauch an einer verbrauchbaren Sache auch durch Ersitzung begründet werden kann. Die Frage wird mit den M. III S. 535 Nr. 4 zu bejahen sein. Wer eine verbrauchbare Sache in dem Glauben, daß ihm der Nießbrauch daran zusteht, in Besitz nimmt, wird, weil die Sache eine verbrauchbare ist, Eigenbesitzer. Stand ihm nun in Wirklichkeit der Nießbrauch nicht zu, z. B. weil ihm zwar der Nießbrauch an der Sache bestellt, die Sache aber dem Eigentümer gestohlen war (§ 1032 verb. mit § 935), so erlangt er durch Ersitzung nach Maßgabe der §§ 937 ff. das Eigentum daran. Hiermit entsteht dann der Nießbrauch. Dies hat die Folge, daß der Erwerber nach Beendigung des Nießbrauchs zur Erstattung des Wertes verpflichtet ist (s. Erl. 2). Praktische Bedeutung hat diese Frage aber bei der zehnjährigen Dauer der Ersitzung höchstens bei solchen Sachen, welche deshalb als verbrauchbare gelten, weil sie zu einem Inbegriffe gehören, dessen Bestimmung in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht (§ 92 Abs. 2).

2. Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller im allgemeinen. Bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen kann nicht, wie bei dem Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen, ein Schuldverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer entstehen, da der Nießbraucher selbst Eigentümer wird. An die Stelle dieses Schuldverhältnisses tritt ein solches zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller. Dies gilt auch dann, wenn der Besteller nicht der Eigentümer war. Wurde durch die Bestellung der Nießbrauch nicht begründet, z. B. weil die Sache dem Eigentümer gestohlen war, erwarb aber später derjenige, welchem der Nießbrauch bestellt war, das Eigentum durch Ersitzung (s. Erl. 1), so wird derjenige, welcher den Nießbrauch bestellt hatte, obwohl durch diese Bestellung der Nießbrauch nicht begründet wurde, doch als Besteller im Sinne des § 1067 zu betrachten sein.

Zweifelhaft kann sein, wie das Verhältnis zu beurteilen ist, wenn die Sache, ohne daß wirklich ein Bestellungsakt vorgenommen ist, von einem Dritten in dem Glauben, daß ihm der Nießbrauch daran bestellt sei, in Besitz genommen und dann von ihm durch Ersitzung das Eigentum erworben ist. Nach dem Wortlaute des § 1067 würde hier, weil es an einem Besteller fehlt, kein Schuldverhältnis entstehen. Der Billigkeit und auch wohl der Absicht des Gesetzes dürfte es aber entsprechen, in einem solchen Falle den früheren Eigentümer als den Berechtigten anzusehen.

3. Das Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller hat folgenden Inhalt:

a) Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2. Der Nießbraucher ist verpflichtet, dem Besteller nach Beendigung des Nießbrauchs den Wert zu erstatten, den die Sache zur Zeit der Bestellung hatte. Im Falle der Ersitzung des Nießbrauchs (s. Erl. 1, 2) dürfte nicht der Wert, den die Sache zur Zeit der Vollendung der Ersitzung hatte, sondern derjenige Wert maßgebend sein, welchen die Sache zu der Zeit hatte, in der sie von dem Erwerber als dem Nießbrauch unterliegend in Besitz genommen wurde.

Von den Beendigungsgründen des Nießbrauchs kommt nur der Tod des Nießbrauchers oder, wenn dieser eine juristische Person ist, deren Erlöschen in Betracht (§ 1061). Insbesondere findet auch der § 1064 keine Anwendung (a. A. Biermann zu § 1067).

Die Verpflichtung zur Erstattung des Wertes unterliegt den allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse. Der Anspruch darauf kann auf einen anderen übertragen, die Verpflichtung dazu von einem anderen übernommen werden. Auch die Vorschrift des § 271 Abs. 2, nach welcher im Zweifel anzunehmen ist, daß der Verpflichtete die geschuldete Leistung schon vor der für die Leistung bestimmten Zeit, hier also vor der Beendigung des Nießbrauchs, bewirken kann, findet Anwendung.

b) Abs. 1 Satz 2. Sowohl der Besteller als der Nießbraucher ist berechtigt, den Wert der Sache durch Sachverständige feststellen zu lassen. Das Verfahren bestimmt sich nach FGG. §§ 15, 164 (s. Erl. zu §§ 1034, 1035). Die Vorschrift tritt an die Stelle der Vorschrift des § 1034, nach welcher sowohl der Nießbraucher als der Eigentümer berechtigt ist, den Zustand der Sache durch Sachverständige feststellen zu lassen. Daneben wird aber die Vorschrift des § 1035 anwendbar sein, nach welcher bei einem Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher berechtigt sind, die einzelnen dazu gehörenden Sachen durch Aufnahme eines Verzeichnisses in der dort näher bestimmten Art feststellen zu lassen; nur tritt bei verbrauchbaren Sachen an die Stelle des Eigentümers der Besteller.

c) Abs. 2. An die Stelle der §§ 1051—1054 tritt die Vorschrift, daß der Besteller von dem Nießbraucher Sicherheitsleistung verlangen kann, wenn sein Anspruch auf Ersatz des Wertes gefährdet ist. Voraussetzung des Anspruchs ist nicht, wie im Falle des § 1051, ein Verhalten des Nießbrauchers, durch welches die Besorgnis einer Gefährdung der Rechte des Bestellers begründet wird; vielmehr genügt, daß aus irgend welchen Gründen der Ersatzanspruch des Bestellers gefährdet erscheint. In Betracht kommen wird hierbei also besonders die Vermögenslage des Nießbrauchers und die Art und Weise, in welcher er seine Vermögensangelegenheiten verwaltet.

Im E. I § 1020 Satz 2 war noch ausdrücklich bestimmt, daß der zur Bestellung eines Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen Verpflichtete die Bestellung bis zur Leistung der Sicherheit verweigern könne, wenn zu der betreffenden Zeit bereits Umstände vorlägen, die den demnächstigen Ersatz als gefährdet erscheinen ließen. Diese Bestimmung wurde als eine Folgerung aus den allgemeinen Grundsätzen über das Zurückbehaltungsrecht angesehen. Von der zweiten Kommission ist diese Vorschrift gestrichen. Man war mit ihr zwar sachlich einverstanden, hielt sie aber, auch wenn sie nicht ohne weiteres aus dem Zurückbehaltungsrechte folge, doch für selbstverständlich, weil sie als das minus gegenüber dem im § 1067 bestimmten Rechte erscheine. Es mag dahingestellt bleiben, ob sich das fragliche Recht des zur Bestellung Verpflichteten schon aus dem Wortlaute des § 273 ergibt; jedenfalls entspricht es dem den Vorschriften des § 273 zugrunde liegenden Gedanken und der Absicht des § 1067 Abs. 2. Von praktischer Bedeutung ist das fragliche Recht besonders in solchen Fällen, in welchen die Verpflichtung zur Bestellung des Nießbrauchs auf einer Verfügung von Todes wegen beruht.

Die Sicherheit ist zu leisten nach §§ 232ff. Handelt es sich um den Nießbrauch an Geld, so kann die Sicherheit dadurch geleistet werden, daß das Geld in solcher Art verzinslich angelegt wird, daß die Rückzahlung einerseits nicht ohne den Willen des Bestellers erfolgen kann und anderseits selbst in genügender Art gesichert ist (M. III S. 537).

4. Die Vorschriften über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen finden, abgesehen von den unter Nr. 3 erwähnten Bestimmungen, **auf den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen keine Anwendung.** Insbesondere ist die Vorschrift, nach welcher der Nießbrauch unübertragbar ist, nicht etwa in der Art anzuwenden, daß das Eigentum, welches der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen dem Nießbraucher gewährt, nicht übertragbar wäre.

5. Die Vorschriften des § 1067 sind nur dispositiver Natur. Eine abweichende Vereinbarung kann insbesondere dahin getroffen werden, daß der Nießbraucher, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt, bei Beendigung des Nießbrauchs nicht den Wert in Geld zu ersetzen, sondern Sachen derselben Art, Güte und Menge zurückzuerstatten hat; ferner dahin, daß das Eigentum nicht sofort auf den Nießbraucher übergeben, dieser aber berechtigt sein soll, die Sache zu verbrauchen und zu veräußern, und daß erst, wenn er dies tut, eine Verpflichtung zum Ersatze des Wertes eintritt, bis dahin also der Besteller die Gefahr trägt. Möglich ist auch eine Vereinbarung, daß, obwohl die Sachen objektiv zu den verbrauchbaren gehören, der Nießbrauch daran doch nach den Vorschriften über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen beurteilt

werden soll; doch wird eine solche Vereinbarung, sofern sie nicht mit einer Vereinbarung der oben gedachten Art verbunden wird, nur selten und wohl nur dann vorkommen, wenn der Nießbrauch nur auf kurze Zeit bestellt wird.

Umgekehrt kann auch für den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen die Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung kann aber nicht ohne weiteres darin gefunden werden, daß der Wert der Sachen, an welchen der Nießbrauch bestellt wird, vertragsmäßig festgestellt wird. Ein in der ersten Kommission gestellter Antrag, nach welchem in einer solchen Festsetzung im Zweifel eine Vereinbarung der gedachten Art gefunden werden sollte, wurde abgelehnt, weil die Festsetzung auch die Bedeutung haben könne, daß der Nießbraucher, wenn er nach den Vorschriften über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen zum Schadensersatze verpflichtet sei, den festgesetzten Wert zu erstatten habe. Die Absicht einer Vereinbarung der fraglichen Art ist daher unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles zu ermitteln.

II. Nießbrauch an Rechten.

1. Rechte, insbesondere Nießbrauch, an Rechten. In der Theorie ist die Frage bestritten, ob sich der Begriff des Rechtes an einem Rechte rechtfertigen läßt (s. Windscheid-Kipp Bd. 1 § 48 a und die dort angeführte Literatur). Das BGB. verwertet diesen Begriff in verschiedenen Beziehungen, insbesondere, indem es einen Nießbrauch an Rechten (§§ 1068 ff.) und ein Pfandrecht an Rechten (§§ 1273 ff.) anerkennt (vgl. auch ferner die §§ 876, 888, 892, 894, 1123, 1126, 1127, 2175). Auf die theoretische Konstruktion ist hier nicht näher einzugehen (vgl. über die verschiedenen Auffassungen namentlich des Nießbrauchs an einer Forderung Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, 1897 S. 90 ff.). Sachlich soll durch den fraglichen Begriff ausgedrückt werden, daß, wie durch das Recht an der Sache unmittelbar die Sache, so durch das Recht am Rechte unmittelbar dieses Recht ergriffen wird, daß es sich also nicht bloß um ein obligatorisches, sondern um ein absolutes Recht handelt. Wie bei dem Rechte an einer Sache der Berechtigte gewisse Befugnisse, die sonst in dem Eigentume liegen, auszuüben befugt ist, so kann bei dem Rechte an einem Rechte der Berechtigte gewisse Befugnisse ausüben, die an sich demjenigen zustehen, welcher das mit dem Rechte belastete Recht hat.

Hieraus ergibt sich für den Nießbrauch an einem Rechte, daß, wie bei dem Nießbrauch an einer Sache diese, so hier das Recht unmittelbar der Herrschaft des Nießbrauchers innerhalb derjenigen Grenzen unterworfen wird, welche sich aus dem Zwecke des Nießbrauchs ergeben. Dieser Zweck besteht darin, daß der Nießbraucher die Nutzungen beziehen soll. Wie es bei dem Nießbrauch an Sachen die Aufgabe des Gesetzes war, jenem Zwecke entsprechend die Grenzen des Rechtes des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer festzustellen, so sind bei dem Nießbrauch an einem Rechte die Grenzen des Rechtes des Nießbrauchers gegenüber demjenigen Rechte, an welchem der Nießbrauch besteht, zu bestimmen. Ein wesentlicher Unterschied liegt darin, daß bei dem Nießbrauch an Sachen nicht das Eigentum, sondern die Sache den Gegenstand des Rechtes bildet, während bei dem Nießbrauch an Rechten das Recht selbst den Gegenstand des Nießbrauchs bildet. Infolge hiervon können die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen auf den Nießbrauch an Rechten keine unmittelbare, sondern nur eine entsprechende Anwendung finden und bedürfen in verschiedenen Beziehungen der Ergänzung und Modifikation.

In den M. III S. 539 wird zur Veranschaulichung des Rechtsverhältnisses auf die Ähnlichkeit mit der Rechtsgemeinschaft verwiesen. Wie es bei dieser darauf ankomme, die Rechte der Teilhaber gegeneinander abzugrenzen, so müßten auch bei dem Nießbrauch an einem Rechte die Befugnisse des Berechtigten und des Nießbrauchers sowohl in dem Verhältnisse zwischen ihnen wie nach außen hin abgegrenzt werden. Die Gesichtspunkte, nach welchen diese Abgrenzung zu erfolgen hat, sind aber bei dem Nießbrauche wesentlich andere wie bei der Rechtsgemeinschaft. Der leitende Gesichtspunkt bei dem Nießbrauche besteht darin, daß der Nießbraucher diejenigen Rechte erhält, welche erforderlich sind, um ihm die selbständige von dem Willen des Berechtigten unabhängige Ziehung der Nutzungen zu ermöglichen, daß aber anderseits die Substanz des Rechtes dem Berechtigten erhalten bleibt. Die Art, wie dieser Gesichtspunkt im einzelnen durchgeführt ist, wird sich aus den Erläuterungen der einzelnen Bestimmungen dieser Unterabteilung ergeben. Hier mag nur noch hervorgehoben werden, daß bei Rechten, die, wie z. B.

§. 1068. Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Recht sein.

Auf den Nießbrauch an Rechten finden die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§. 1069 bis 1084 ein Anderes ergiebt.

---

unverzinsliche Forderungen, unmittelbar keine Nutzungen gewähren, dem Nießbraucher das Recht gegeben wird, über die Substanz des Rechtes insoweit zu verfügen, als erforderlich ist, um ihm die Ziehung der Nutzungen von dem Gegenstande des Rechtes zu ermöglichen (s. §§ 1074 ff.).

Aus dem Zwecke des Nießbrauchs folgt, daß nur solche Rechte den Gegenstand des Nießbrauchs bilden können, welche wenigstens mittelbar Nutzungen zu gewähren imstande sind. Was als Nutzung eines Rechtes zu betrachten ist, ergibt sich aus § 99 Abs. 2, 3 und aus § 100, vgl. auch § 1073.

2. **Anordnung des Stoffes.** Der § 1068 enthält die Regel, daß die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung finden, soweit sich nicht aus den folgenden Vorschriften ein anderes ergibt. Der § 1069 trifft Bestimmungen über die Begründung des Nießbrauchs an Rechten, der § 1070 über das bei Rechten, die einen Anspruch auf eine Leistung gegen einen Dritten gewähren, zwischen dem Nießbraucher und dem Dritten bestehende Rechtsverhältnis, der § 1071 über die Aufhebung eines dem Nießbrauch unterliegenden Rechtes, der § 1072 über die Beendigung des Nießbrauchs an Rechten, der § 1073 über den Umfang der Nutzungen bei dem Nießbrauch an einer Leibrente und ähnlichen Rechten.

Die §§ 1074—1079 handeln von dem Nießbrauch an Forderungen, und zwar die §§ 1074, 1075 von den dem Nießbraucher zustehenden Rechten und den ihm obliegenden Verpflichtungen im allgemeinen, die §§ 1076—1079 von den auf Zinsen ausstehenden Forderungen. Der § 1080 bestimmt die entsprechende Anwendung der für den Nießbrauch an Forderungen geltenden Vorschriften auf den Nießbrauch an Grundschulden und Rentenschulden.

Die §§ 1081—1084 endlich geben besondere Vorschriften über den Nießbrauch an Inhaberpapieren und an Orderpapieren, welche mit Blankoindossament versehen sind.

§ 1068.

E. I § 1021; II § 977 rev. § 1052; III § 1051. M. I S. 4678 ff.; M. III S. 538 ff. P. II Bd. 3 S. 413.

Vgl. die vorstehende Vorbm. Nr. 1.

1. Im **Abs. 1** wird die Zulässigkeit des Nießbrauchs an einem Rechte festgestellt. Nicht jedes Recht kann aber Gegenstand des Nießbrauchs sein. Zunächst kommt das Eigentum nicht in Betracht, weil bei ihm der Zweck des Nießbrauchs durch den Nießbrauch an der Sache, an welcher das Eigentum besteht, erreicht wird. Im übrigen können nur Rechte, welche unmittelbar oder mittelbar Nutzungen zu gewähren imstande sind, Gegenstand des Nießbrauchs sein, und auch sie nach § 1069 Abs. 2 nur, sofern sie übertragbar sind. Der Nießbrauch ist also sowohl an absoluten Rechten als auch an obligatorischen Rechten möglich.

Von den absoluten Rechten kommen insbesondere die Reallasten, Grundschulden und Rentenschulden in Betracht. Für das Erbbaurecht gelten nach § 1017 Abs. 1 die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften (vgl. auch EG. Art. 63, 68, 196). Grunddienstbarkeiten können nur zusammen mit dem herrschenden Grundstücke dem Nießbrauch unterliegen. Über den Nießbrauch, die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, Hypotheken und Pfandrechte s. Erl. 2 zu § 1069. Zu erwähnen sind ferner das Urheberrecht, das Patentrecht (vgl. Otto Herrmann, Nießbrauch und Pfandrecht an einem Patentrechte nach dem BGB., 1900 S. 17 ff.) und ähnliche durch besondere Rechte geregelte absolute Rechte.

Von den obligatorischen Rechten unterliegen auch diejenigen dem Nießbrauche, welche auf gegenseitigen Verträgen beruhen, z. B. die Rechte aus einem Kaufe oder aus einem Miet- oder Pachtvertrag (vgl. Erl. 2). An einem Vorkaufsrecht als solchem kann, auch wenn es nach § 514 ausnahmsweise übertragbar ist, ein Nießbrauch nicht bestellt werden, weil es Nutzungen zu gewähren nicht imstande ist. Es ist kein Forderungsrecht, sondern begründet nur das Recht, durch die dem Vorkaufspflichtigen gegenüber abgegebene Erklärung einen Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den von diesem mit dem dritten Käufer vereinbarten Bestimmungen zum Abschlusse zu bringen (§§ 504 ff.). Der Nießbraucher würde diese Erklärung weder mit der Wirkung abgeben können, daß der Kauf mit ihm selbst, noch mit der Wirkung, daß der Kauf mit dem Vorkaufsberechtigten zustande käme, dieser also durch den Kauf-

vertrag berechtigt und verpflichtet würde (a. A. Fuchs, Grundbuchrecht S. 323 Erl. zu § 1070 Nr. 2). Ein Nießbrauch ist hier nur in der Weise denkbar, daß, wenn durch die Erklärung des Vorkaufsberechtigten zwischen ihm und dem Vorkaufspflichtigen der Kauf zustande kommt, an der durch diesen Kauf begründeten Forderung des Berechtigten ein Nießbrauch bestellt wird. Das gleiche gilt auch von dem Wiederkaufsrechte (§§ 497 ff.), sowie von dem dinglichen Vorkaufsrechte (§§ 1094 ff.), das, sofern es als subjektiv dingliches Recht bestellt ist, überdies nur zugleich mit dem Grundstücke, für dessen Eigentümer es besteht, Gegenstand eines Nießbrauchs sein könnte.

2. **Abs. 2.** In betreff der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen ist folgendes hervorzuheben:

a) Der Nießbrauch an einem Rechte berechtigt den Nießbraucher ebensowenig wie der Nießbrauch an einer Sache zur Verfügung über das Recht, soweit dies nicht durch besondere Bestimmungen gestattet ist (s. § 1074); er gewährt dem Nießbraucher aber die Befugnis, die Nutzungen des dem Nießbrauch unterliegenden Rechtes selbständig nach denselben Grundsätzen zu ziehen, nach welchen der Nießbraucher einer Sache die Nutzungen der Sache zu beziehen berechtigt ist (**§ 1030**). Er erwirbt die Früchte des Rechtes (§ 99 Abs. 2, 3) unter denselben Voraussetzungen, unter welchen der Berechtigte sie, wenn der Nießbrauch nicht bestände, erwerben würde. Gewährt das Recht natürliche Früchte, wie dies z. B. bei dem Erbbaurecht im Falle des § 1013 und bei einem Pachtrechte regelmäßig stattfindet, so erwirbt der Nießbraucher die Früchte mit der Trennung, im Falle eines Pachtrechts jedoch nur, wenn er im Besitze der verpachteten Sache ist, andernfalls erst mit der Besitzergreifung (§§ 954, 956). Werden durch das Recht Ansprüche begründet, welche als Nutzungen zu betrachten sind, handelt es sich also z. B. um eine Reallast oder um ein verzinsliches Kapital, so gehen diese Ansprüche, in dem erstgedachten Falle also die Ansprüche auf die einzelnen kraft der Reallast geschuldeten Leistungen, in dem letzteren Falle die Ansprüche auf die Zinsen, ohne daß es einer Abtretung bedarf, auf den Nießbraucher über. Im E. I § 1026 war dies ausdrücklich bestimmt. Von der zweiten Kommission wurde diese Bestimmung gestrichen, weil man sie wegen der dinglichen Natur des Nießbrauchs für selbstverständlich hielt und von der Hervorhebung dieser einzelnen Folgerung eine Verdunkelung des Grundsatzes befürchtete (P. II Bd. 3 S. 416). Was den Zeitpunkt anlangt, in welchem der Übergang erfolgt, so entscheidet hierüber die Vorschrift des § 101 Nr. 2. Durch diese Vorschrift wird zwar unmittelbar nur das Verhältnis zwischen mehreren aufeinanderfolgenden Berechtigten bestimmt; wegen der dinglichen Natur des Nießbrauchs ist sie aber auch für den Zeitpunkt des Erwerbes von seiten des Nießbrauchers maßgebend. Hiernach erwirbt der Nießbraucher bei Früchten, welche in der Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses, in Zinsen, Gewinnanteilscheinen oder anderen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen bestehen, diese nach Verhältnis der Dauer seiner Berechtigung (unrichtig Rspr. 6 S. 267, 7 S. 40, die bei Zinsforderungen oder Zinsscheinen die Fälligkeit für den Erwerb des Nießbrauchers entscheiden lassen wollen). Es findet also „ein kontinuierlicher mit Ablauf der Zeit zunehmender Übergang“ statt (M. III S. 542). Bei Früchten, welche in Ansprüchen anderer Art bestehen, erfolgt der Erwerb der Ansprüche durch den Nießbraucher mit deren Fälligkeit. Soweit bei natürlichen Früchten eine Ziehung im Übermaße vorkommen kann, findet der **§ 1039** entsprechende Anwendung.

b) Bei dem gesetzlichen Schuldverhältnisse, welches durch den Nießbrauch begründet wird (**§§ 1036 ff.**), tritt im Falle eines Nießbrauchs an einem Rechte an die Stelle des Eigentümers derjenige, welchem das dem Nießbrauch unterliegende Recht zusteht.

c) Der Grundsatz des **§ 1059**, daß der Nießbrauch nicht übertragbar ist, seine Ausübung aber einem anderen überlassen werden kann, findet auch bei dem Nießbrauch an Rechten allgemeine Anwendung. Der Nießbraucher eines Urheberrechts oder eines Patentrechts z. B. kann also den Nießbrauch nicht übertragen; er kann aber die Ausübung des Rechtes kraft seines Nießbrauchs für dessen Dauer einem anderen überlassen und bezieht das dafür zu leistende Entgelt.

d) Das gleiche gilt von dem Grundsatze, daß der Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers und, wenn dieser eine juristische Person ist, mit deren Erlöschen endigt (**§ 1061**). Über andere Endigungsgründe s. Erl. zu § 1072.

e) Manche der für den Nießbrauch an Sachen geltenden Vorschriften können auf den Nießbrauch an Rechten wegen der Natur des betreffenden Rechtes keine Anwendung finden. So kommen z. B. die Vorschriften, welche den Besitz des Nießbrauchers bestimmen oder voraussetzen, nur bei dem Nießbrauch an solchen Rechten in Betracht, welche zum Besitz einer Sache berechtigen. Bei dem Nießbrauch an einer Forderung z. B. ist der Nieß-

§. 1069. Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften.

An einem Rechte, das nicht übertragbar ist, kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden.

---

braucher, da sich sein Recht nach § 952 auch auf den Schuldschein, z. B. ein Sparkassenbuch (Rspr. 6 S. 267), erstreckt, nach § 1036 Abs. 1 zum Besitze des Schuldscheins berechtigt. Das gleiche gilt, wenn eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld den Gegenstand des Nießbrauchs bildet, von dem Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefe.

In manchen Fällen kann die entsprechende Anwendung zweifelhaft sein. So fragt es sich z. B., ob, wenn ein Miet- oder Pachtrecht den Gegenstand des Nießbrauchs bildet, die Vorschrift des § 1047 über die Verpflichtung des Nießbrauchers, die bei der Begründung des Nießbrauchs auf der Sache ruhenden privatrechtlichen Lasten zu tragen, dahin entsprechend anzuwenden ist, daß der Nießbraucher die Miet- oder Pachtgelder zu bezahlen hat. Die Frage wird in Ermangelung abweichender Vereinbarungen zu bejahen sein. — Unterliegt die durch einen Kaufvertrag begründete Forderung des Käufers auf Übertragung des verkauften Gegenstandes dem Nießbrauche, so ist der Verkäufer dem Nießbraucher nur gegen Zahlung des Kaufpreises zu leisten verpflichtet. Der Nießbraucher hat kein Recht, von dem Käufer zu verlangen, daß er diese Zahlung leiste. Will er den gekauften Gegenstand und damit den Nießbrauch daran erhalten, so muß er also den Kaufpreis bezahlen. Finden auf eine solche Zahlung die Vorschriften des § 1049 über das Recht des Nießbrauchers, Ersatz von Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag zu verlangen, entsprechende Anwendung? Die Frage dürfte nach dem Zwecke der fraglichen Vorschrift ebenfalls zu bejahen sein.

Eine erschöpfende Erörterung der Frage, wie sich die entsprechende Anwendung der für den Nießbrauch an Sachen geltenden Vorschriften bei allen einzelnen Rechten gestaltet, ist hier nicht möglich. Für die Entscheidung wird dabei immer die Rücksicht einerseits auf den wirtschaftlichen Zweck des Nießbrauchs, anderseits auf die rechtliche Natur des Nießbrauchs an einem Rechte als einer dinglichen Belastung des Rechtes maßgebend sein müssen.

§ 1069.

E. I § 1022, § 1023 Satz 1; II § 978 rev. § 1053; III § 1052. P. I S. 4682 ff., 6236, 11995 f.; M. III S. 540 f. P. II Bd. 3 S. 413 ff.

1. Abs. 1. Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte wird wie eine teilweise Übertragung des Rechtes behandelt. Dieselben materiellen und formellen Erfordernisse, welche für die Übertragung gelten, müssen daher auch bei der Bestellung des Nießbrauchs vorliegen. Hieraus ergibt sich insbesondere, daß die Bestellung des Nießbrauchs an einer Forderung durch — einen selbstverständlich auf die Bestellung des Nießbrauchs, nicht auf die Übertragung der Forderung gerichteten — Vertrag erfolgt (§ 398). Das gleiche gilt von dem Nießbrauch an den nach § 413 den Forderungen gleichgestellten Rechten, z. B. von dem Nießbrauch an einem Urheberrecht oder Patentrechte (vgl. indessen in betreff des letzteren Patentges. § 19 Abs. 2). Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte an einem Grundstück erfolgt nach Maßgabe der §§ 873 ff., an einer Forderung, für die eine Hypothek bestellt ist, sowie an einer Grundschuld oder Rentenschuld nach Maßgabe der §§ 1153—1155, 1192, 1199. Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Erbbaurecht erfolgt gemäß § 1017 Abs. 1 nach § 873 (vgl. Erl. 2b zu § 1017). In betreff der Schuldverschreibungen auf den Inhaber s. § 793. Die besonderen für die Übertragung von Wechseln und indossablen Papieren geltenden Vorschriften gelten auch für die Bestellung des Nießbrauchs an ihnen (s. jedoch § 1081).

Eine Ersitzung des Nießbrauchs an einem Rechte ist ausgeschlossen.

2. Abs. 2. Aus demselben Grunde, aus dem für die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte die Vorschriften über dessen Übertragung gelten, bestimmt der Abs. 2 die Unzulässigkeit der Bestellung eines Nießbrauchs an Rechten, die nicht übertragbar sind.

Unübertragbar sind insbesondere Forderungen nach §§ 399, 400 unter den dort bezeichneten Voraussetzungen, ferner die in den §§ 613 Satz 2, 664 Abs. 2, 717 bezeichneten Forderungen. Das Vorkaufsrecht kommt auch in denjenigen Fällen, in welchen es nach § 514 und § 1098 übertragbar ist, nicht in Betracht, weil an ihm ein Nießbrauch nicht möglich ist,

§. 1070. Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Nießbrauchs, so finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Nießbraucher und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Uebertragung des Rechtes für das Rechtsverhältniß zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten.

Wird die Ausübung des Nießbrauchs nach §. 1052 einem Verwalter übertragen, so ist die Uebertragung dem Verpflichteten gegenüber erst wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntniß erlangt oder wenn ihm eine Mittheilung von der Anordnung zugestellt wird. Das Gleiche gilt von der Aufhebung der Verwaltung.

(s. Erl. 1 zu § 1068). An den in den §§ 847, 1300 (vgl. auch EG. Art. 81) bezeichneten Ansprüchen kann ein Nießbrauch nur unter denselben Voraussetzungen bestellt werden, unter welchen nach den gedachten Vorschriften deren Übertragung zulässig ist. Pfandrecht und Hypothek sind nur zugleich mit der Forderung, für welche sie bestehen, übertragbar (§§ 1153, 1250), Grunddienstbarkeiten nur mit dem herrschenden Grundstücke. Über beschränkte persönliche Dienstbarkeiten s. § 1092. Über eine zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellte Reallast s. § 1110. Unübertragbar sind ferner die auf familienrechtlichen Verhältnissen beruhenden in den §§ 1408, 1427 Abs. 2 Satz 3, 1585 Abs. 1 Satz 2, 1623, 1658 bezeichneten Rechte.

Steht der Übertragung eines Gegenstandes ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt oder ein Veräußerungsverbot der im § 136 bezeichneten Art entgegen, so ist die Bestellung des Nießbrauchs an dem Gegenstande zwar nicht unzulässig, aber gegenüber demjenigen unwirksam, zu dessen Gunsten das Verbot bestimmt ist (§ 135).

Auch der Nießbrauch selbst ist unübertragbar (§ 1059). Daraus, daß die Ausübung einem anderen überlassen werden kann, folgt nicht, daß die Bestellung eines Nießbrauchs zulässig ist. Es folgt daraus vielmehr nur, daß der Nießbraucher sich einem anderen gegenüber obligatorisch verpflichten kann, ihm die Ausübung des Nießbrauchs für dessen Dauer zu überlassen (a. A. anscheinend Dernburg Bd. 3 S. 561 f. § 192 Nr. 2). Ist für einen anderen ein obligatorischer Anspruch der gedachten Art begründet, so kann an diesem Anspruch ein Nießbrauch bestellt werden. Die eheliche oder elterliche Nutznießung erstreckt sich auch auf einen der Ehefrau oder dem Kinde zustehenden Nießbrauch.

3. **Eine dem § 1069 entsprechende**, in betreff der Bestellung aber etwas abweichende Vorschrift gilt für das Pfandrecht nach § 1274.

§ 1070.

E. I § 1023 Satz 1; II § 979 rev. § 1054; III § 1053. P. I S. 4731 ff.; M. III S. 549 f. P. II Bd. 3 S. 414 f.; Bd. 5 S. 126.

1. **Abs. 1. Anwendungsgebiet.** Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, sind Forderungen aller Art, ferner Reallasten, Grundschulden und Rentenschulden. Nicht hierher gehört wie Biermann Erl. 1 zu § 1070 annimmt, der Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache; denn das Recht, kraft dessen die Herausgabe gefordert werden kann, ist das Eigentum; nur an der Sache selbst, nicht an dem Eigentume kann ein Nießbrauch bestellt werden (ebenso Fuchs, Grundbuchrecht S. 323 Erl. 2 zu § 1070). Ebensowenig hierher gehört, wie Fuchs a. a. O. meint, das Vorkaufsrecht für den Fall, daß es übertragbar ist; denn abgesehen davon, daß an dem Vorkaufsrecht aus den in der Erl. 2 zu § 1068 angeführten Gründen ein Nießbrauch überhaupt nicht bestellt werden kann, kann auf Grund eines solchen Rechtes auch eine Leistung nicht gefordert werden (§ 505).

2. **Abs. 1. Bedeutung.** Der Wortlaut der im Abs. 1 aufgestellten Regel läßt die Deutung zu, daß der Nießbraucher dem Verpflichteten gegenüber dieselben Rechte habe wie derjenige, welchem das Recht übertragen ist. Hiernach würde also der Nießbraucher einer Forderung ebenso wie der Zessionar das Recht haben, nicht nur die Forderung einzuziehen, sondern auch sie durch Vertrag mit dem Verpflichteten zu erlassen oder zu ändern. Dies ist indessen, wie sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und aus den späteren Bestimmungen, insbesondere aus den §§ 1074 ff. ergibt, nicht beabsichtigt. Die Rechte, welche der Nießbraucher an Rechten der hier fraglichen Art gegenüber dem Verpflichteten hat, sind erst in den späteren Paragraphen geregelt und weit beschränkter,

§. 1071. Ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. Die Vorschrift des §. 876 Satz 3 bleibt unberührt.

Das Gleiche gilt im Falle einer Aenderung des Rechtes, sofern sie den Nießbrauch beeinträchtigt.

---

als sie nach der gedachten Auslegung des § 1070 sein würden. Durch die Vorschrift des § 1070 soll nur bestimmt werden, daß der Nießbraucher dem Verpflichteten gegenüber nicht mehr Recht hat als im Falle der Übertragung des Rechtes der Erwerber, und daß ihm alle Einwendungen von dem Verpflichteten entgegengesetzt werden können, welche diesem gegen den Erwerber zustehen (s. auch Erl. 3 zu § 1071). In Betracht kommen für Forderungen die §§ 404 bis 411. Insbesondere muß also nach § 407 Abs. 1 (wegen § 406 s. Erl. 1 zu § 1071) der Nießbraucher eine nach der Bestellung des Nießbrauchs von dem Schuldner an den Gläubiger bewirkte Leistung sowie jedes zwischen ihnen vorgenommene Rechtsgeschäft, das sich auf die Forderung bezieht, gegen sich gelten lassen, sofern nicht der Schuldner bei der Leistung oder bei dem Rechtsgeschäfte die Bestellung des Nießbrauchs kennt. Ebenso wirkt das in einem Prozesse zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner nach Bestellung des Nießbrauchs ergangene rechtskräftige Urteil nach Maßgabe des § 407 Abs. 2 auch gegen den Nießbraucher. Für Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden kommen die §§ 1156—1159 in Betracht; danach findet der § 407, soweit es sich nicht um die in den §§ 1158, 1159 bezeichneten Zinsen und Kosten handelt, auf sie keine Anwendung. Für Wechsel und indossable Papiere vgl. WO. § 36, HGB. § 365.

3. Abs. 2. Nach § 1068 Abs. 2 finden auf den Nießbrauch an Rechten auch die Vorschriften der §§ 1052, 1054 entsprechende Anwendung. Die Anordnung einer Verwaltung nach Maßgabe des § 1052 wird z. B. dann erfolgen können, wenn der Nießbraucher rechtskräftig zur Sicherheitsleistung verurteilt ist, weil er die ihm nach § 1074 Satz 2 obliegende Verpflichtung, für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen, in einer die Rechte des Gläubigers erheblich gefährdenden Weise verletzt hat, die Sicherheit aber innerhalb der ihm nach § 1052 gesetzten Frist nicht leistet. Nach Anordnung der Verwaltung ist nicht mehr der Nießbraucher selbst, sondern nur der Verwalter zur Ausübung des Nießbrauchs berechtigt; nur an ihn kann der Schuldner, wenn es sich um den Nießbrauch an einer Forderung handelt, die Leistungen bewirken, welche der Nießbraucher von ihm zu fordern hat. Aus denselben Gründen aber, auf welchen die Vorschriften des § 407 beruhen, soll die Anordnung der Verwaltung dem Schuldner gegenüber erst dann wirksam sein, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird. Bis dahin kann der Schuldner also dem Nießbraucher, soweit dieser zur Einziehung der Forderung berechtigt ist, wirksam leisten und, soweit der Nießbraucher, wie bei Zinsforderungen, Rechtsgeschäfte anderer Art darüber vorzunehmen berechtigt ist, solche Rechtsgeschäfte mit ihm vornehmen. Eine Verschiedenheit von der Vorschrift des § 407 besteht insofern, als der Kenntnis des Schuldners von der Anordnung der Fall gleichgestellt wird, daß ihm eine Mitteilung von der Verwaltung zugestellt wird, obwohl es ja möglich ist, daß er trotz der Zustellung keine Kenntnis von der Anordnung erhält. Dies entspricht den Vorschriften der CPO. über den Zeitpunkt, in welchem die Pfändung oder Überweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung dem Schuldner gegenüber wirksam wird (CPO. §§ 829 Abs. 3, 835 Abs. 3, s. auch Bd. II S. 281 ff. Erl. zu § 407).

Dieselben Grundsätze gelten auch bei der Aufhebung der Verwaltung. Sie ist dem Schuldner gegenüber erst wirksam, wenn er von ihr Kenntnis erhalten hat oder die Anordnung der Aufhebung ihm zugestellt ist.

4. Eine dem § 1070 entsprechende Vorschrift für das Pfandrecht enthält der § 1275, eine dem Abs. 2 entsprechende Vorschrift für den Fall einer Nacherbfolge der § 2129.

§ 1071.

E. I § 1024; II § 980 rev. § 1055; III § 1054. P. I S. 4682 ff., 5729, 5735 ff., 6235 f.; M. III S. 541. P. II Bd. 3 S. 415 f.; Bd. 6 S. 245.

1. Zweck und Tragweite. Wie der Eigentümer einer dem Nießbrauch unterliegenden Sache nicht behindert ist, die Sache zu veräußern oder mit Rechten Dritter zu belasten, so wird auch

durch den Nießbrauch an einem Rechte die Befugnis des Berechtigten, das Recht zu übertragen, oder zu belasten, nicht berührt. Anders steht es mit der Aufhebung des Rechtes. Während durch die Übertragung oder Belastung des Rechtes das Recht des Nießbrauchers nicht beeinträchtigt wird, erlischt es durch die Aufhebung des Rechtes ebenso, wie der Nießbrauch an einer Sache durch deren Untergang erlischt. Gegen eine Zerstörung der Sache durch den Eigentümer kann das Recht den Nießbraucher nur dadurch schützen, daß ihm ein Anspruch auf Ersatz des Schadens gewährt wird. Gegen eine rechtsgeschäftliche Aufhebung des dem Nießbrauch unterliegenden Rechtes aber kann das Gesetz den Nießbraucher wirksam dadurch schützen, daß es dieser Aufhebung, wenn sie ohne Zustimmung des Nießbrauchers erfolgt, die rechtliche Wirksamkeit versagt. Notwendig zum Schutze des Nießbrauchers würde nur sein, daß ihm gegenüber die Aufhebung unwirksam wäre. Dann würde jedoch ein relatives Verhältnis entstehen; dem Nießbraucher gegenüber würde das Recht noch als bestehend gelten, während es im übrigen aufgehoben wäre. Um die aus einem solchen Verhältnis entstehenden Unzuträglichkeiten zu vermeiden, erklärt das Gesetz, einen Schritt weitergehend, das Rechtsgeschäft, durch welches das Recht aufgehoben wird, in Ermangelung der Zustimmung des Nießbrauchers für vollständig, also auch dem Berechtigten gegenüber, unwirksam.

Gleichgültig ist, ob das Rechtsgeschäft, durch welches die Aufhebung erfolgt, ein Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft ist. Auch die Aufrechnung mit der dem Nießbrauch unterliegenden Forderung durch den Gläubiger ist daher nur mit Zustimmung des Nießbrauchers wirksam. Der Wortlaut des § 1071 trifft auch die Aufrechnung durch den Schuldner. Dies ist indessen offenbar nicht beabsichtigt. Der Schuldner kann nur mit einer ihm dem Gläubiger gegenüber zustehenden Forderung aufrechnen (vgl. Erl. 3 zu § 1074) und auch mit einer solchen nach § 1070 Abs. 1, § 406 dann nicht, wenn er die Forderung erst nach der Begründung des Nießbrauchs und nach Erlangung der Kenntnis hiervon erworben hat oder wenn die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die dem Nießbrauch unterworfene Forderung fällig geworden ist. Soweit er hiernach aber überhaupt zur Aufrechnung befugt ist, entspricht es dem Zwecke des § 1070 Abs. 1, daß ihm diese Befugnis nicht etwa durch die hier fragliche Vorschrift beschränkt wird. Der § 1071 ist daher nur von Rechtsgeschäften des Berechtigten zu verstehen. Wird durch die Aufrechnung von seiten des Schuldners eine dem Nießbrauch unterliegende Forderung aufgehoben, so hat der Nießbraucher gegen den Berechtigten entweder die Rechte aus dem der Nießbrauchbestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis oder den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812; M. III S. 547).

2. **Abs. 1. Erklärung und Wirkung der Zustimmung.** Die erforderliche Zustimmung des Nießbrauchers umfaßt sowohl die Einwilligung als die Genehmigung (§§ 183, 184). Sie muß gegenüber demjenigen erklärt werden, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie braucht also nicht immer wie der E. I § 1024 bestimmte, dem Berechtigten gegenüber zu erfolgen, sondern kann unter Umständen auch einem Dritten, z. B. bei der Forderung dem Schuldner, gegenüber erklärt werden. Handelt es sich um die Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke, so kann die Zustimmung des Nießbrauchers nach § 876 Satz 3 auch dem Grundbuchamte gegenüber erfolgen. Abweichend vom § 183 ist auch die Einwilligung unwiderruflich.

Ist die Einwilligung von dem Nießbraucher erteilt, so wird das Aufhebungsgeschäft sofort mit dem Abschlusse wirksam. Wird erst nachträglich die Genehmigung erteilt, so tritt hiermit die Wirksamkeit nach Maßgabe des § 184 ein. Wird der Nießbraucher, der die Zustimmung nicht erteilt hat, Erbe des Berechtigten, oder erwirbt er in sonstiger Weise das Recht, so wird hiermit das Aufhebungsgeschäft wirksam (§ 185). Das gleiche dürfte gelten, wenn der Nießbrauch endigt.

3. **Abs. 2.** Der rechtsgeschäftlichen Aufhebung gleichgestellt wird die rechtsgeschäftliche Änderung des dem Nießbrauch unterliegenden Rechtes, sofern dadurch das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt wird, also z. B. eine vertragsmäßige Änderung des Gegenstandes der dem Nießbrauch unterliegenden Forderung oder der Leistungszeit oder des Leistungsorts. Auch die Kündigung von seiten des Berechtigten wird hierher zu rechnen sein (vgl. § 1077).

4. **Der § 1070 wird durch den § 1071 nicht berührt.** Eine von dem Schuldner einer dem Nießbrauch unterliegenden Forderung an den Gläubiger bewirkte Leistung sowie jedes zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner vorgenommene Rechtsgeschäft, das sich auf die Forderung bezieht, ist auch ohne die Zustimmung des Nießbrauchers wirksam, sofern nicht der Schuldner

§. 1072. Die Beendigung des Nießbrauchs tritt nach den Vorschriften der §§. 1063, 1064 auch dann ein, wenn das dem Nießbrauch unterliegende Recht nicht ein Recht an einer beweglichen Sache ist.

---

bei der Leistung oder bei dem Rechtsgeschäfte das Bestehen des Nießbrauchs kannte (§ 407). Die Ansicht von Fuchs (Grundbuchrecht Bd. 1 S. 324 Erl. 3 zu § 1071), daß der Schuldner in einem solchen Falle nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher auf Aufhebung habe, dürfte nicht richtig sein. Denn die Worte des § 407, daß der neue Gläubiger, hier also der Nießbraucher, die Leistung oder das Rechtsgeschäft gegen sich „gelten" lassen müsse, haben nicht die Bedeutung, daß dadurch nur eine Einrede oder ein obligatorischer Anspruch begründet wird; vielmehr wird dadurch bestimmt, daß die Leistung oder das Rechtsgeschäft gegen den neuen Gläubiger, hier also gegen den Nießbraucher, dieselbe Wirkung hat, wie wenn die Leistung oder das Rechtsgeschäft vor der Übertragung der Forderung, hier also vor der Begründung des Nießbrauchs, erfolgt wäre (im Ergebnis ebenso Biermann Erl. 1 zu § 1071). Wegen der Anwendung des § 406 s. Erl. 1.

5. Vereinigen sich ein dem Nießbrauch unterliegender Anspruch und die ihm entsprechende Verbindlichkeit, so wird dadurch der Nießbrauch nicht berührt. Der Anspruch bleibt zu Gunsten des Nießbrauchers bestehen. Im E. I § 1032 war dies ausdrücklich bestimmt. Die Bestimmung ist von der zweiten Kommission gestrichen, aber nur deshalb, weil sie sich aus der dinglichen Natur des Nießbrauchs von selbst ergebe (P. II Bd. 3 S. 422). Vgl. gegen diese Begründung, aber im Ergebnis übereinstimmend, Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit S. 122 ff.

Über den Fall der Vereinigung des Nießbrauchs an einem Rechte mit diesem Rechte in einer Person s. Erl. zu § 1072.

6. Eine dem § 1071 entsprechende Vorschrift für das Pfandrecht enthält der § 1276.

§ 1072.

E. I § 1025; II § 981 rev. § 1056; III § 1055. P. I S. 11972 f., 12133; M. III S. 541 f. P. II Bd. 3 S. 416.

Auf die Beendigung des Nießbrauchs an einem Rechte finden neben den allgemeinen Erlöschungsgründen (s. Erl. 1 zu § 1061) die Vorschriften des § 1061 über das Erlöschen durch den Tod des Berechtigten oder das Erlöschen der juristischen Person Anwendung. Bezüglich der §§ 1063, 1064, die Vorschriften über die Beendigung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen enthalten, könnten über ihre Anwendbarkeit (§ 1068 Abs. 2) Zweifel entstehen. Um diese abzuschneiden, bestimmt der § 1072, daß jene Vorschriften für den Nießbrauch an Rechten allgemein gelten. Insbesondere finden also auch auf die Beendigung des Nießbrauchs an dem Rechte an einem Grundstücke nicht etwa die Vorschriften der §§ 875, 889, sondern lediglich die Vorschriften der §§ 1063, 1064 entsprechende Anwendung.

Hiernach erlischt der Nießbrauch durch das Zusammentreffen des Rechtes und des Nießbrauchs in einer Person, sofern nicht der Berechtigte ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs hat (s. Erl. zu § 1063; Schwedler a. a. O. S. 120 f.). Das Zusammentreffen kann bei der Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit des Nießbrauchs nur dadurch eintreten, daß der Nießbraucher das Recht erwirbt. Der Nießbrauch wird ferner beendigt durch die auf Aufhebung gerichtete Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Berechtigten oder gegenüber dem Besteller (s. Erl. zu § 1064). In beiden Fällen bedarf es, wenn es sich um den im Grundbuch eingetragenen Nießbrauch an dem Rechte an einem Grundstücke handelt, zur Aufhebung der Löschung im Grundbuche nicht; es kann aber die Berichtigung des Grundbuchs verlangt werden (§ 894, GBO. § 27 Abs. 2).

Über den Fall des Zusammentreffens des Nießbrauchs an einer Forderung mit der Verpflichtung in einer Person s. Erl. 5 zu § 1075.

Der Nießbrauch an einer Forderung erlischt auch, wenn die Leistung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird oder wenn der Schuldner mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnet (s. aber Erl. 1 a. E. zu § 1071).

§. 1073. Dem Nießbraucher einer Leibrente, eines Auszugs oder eines ähnlichen Rechtes gebühren die einzelnen Leistungen, die auf Grund des Rechtes gefordert werden können.

§. 1074. Der Nießbraucher einer Forderung ist zur Einziehung der Forderung und, wenn die Fälligkeit von einer Kündigung des Gläubigers abhängt, zur Kündigung

---

§ 1073.

E. I § 1027; II § 982 rev. § 1057; III § 1056. P. I S. 4689 ff.; M. III S. 542 ff. P. II Bd. 3 S. 417 f.

1. **Zweck.** Die Vorschrift könnte selbstverständlich erscheinen, da nach § 99 Abs. 2 Erträge, welche ein Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt, auch dann Früchte des Rechtes sind, wenn dieses zeitlich beschränkt ist und sich in jenen Erträgen erschöpft (s. Bd. I S. 174 Erl. 3 zu § 99). Sie ist indessen aufgenommen worden, weil es bei Rechten der im § 1073 bezeichneten Art zweifelhaft sein kann, ob es sich um ein einheitliches Recht oder um eine Mehrheit bedingter oder befristeter Ansprüche handelt (s. Bd. I S. 371 Erl. 2 zu § 224). Wäre das letztere der Fall, so würde der Nießbraucher die einzelnen Ansprüche zwar einzuziehen berechtigt sein, aber nur den Nießbrauch an den eingezogenen Gegenständen erhalten (§§ 1074, 1075). Der § 1073 will nicht die gedachte Konstruktionsfrage entscheiden, sondern trifft nur mit Rücksicht auf die praktische Bedeutung der Behandlung der fraglichen Rechte insbesondere in den Fällen der gesetzlichen Nutznießung die je nach der Entscheidung jener theoretischen Frage entweder nur erläuternde oder positive Bestimmung, daß bei einer Leibrente, bei einem Auszug oder bei einem ähnlichen Rechte die Leistungen, welche auf Grund dieser Rechte, gefordert werden können, als Nutzungen zu betrachten sind und deshalb dem Nießbraucher gebühren. Es entspricht dies der Auffassung des Verkehrs, nach welcher wirtschaftlich Rechte der fraglichen Art als einheitliche aufgefaßt werden (M. III S. 543).

2. **Tragweite.** Das Recht, auf Grund dessen die Leistungen gefordert werden können, kann ein obligatorisches sein, wie es z. B. bei einer Leibrente (§§ 759 ff.) der Fall ist, oder ein dingliches Recht, wie dies z. B. bei einem Auszuge der Fall sein kann. Auch bei der Entscheidung der Frage, welche Rechte als den in dem Paragraphen bezeichneten „ähnliche Rechte" zu betrachten sind, wird der der Vorschrift zu Grunde liegende Gedanke, daß es sich wirtschaftlich um ein einheitliches Recht handelt, maßgebend sein müssen. Bei den Beratungen der zweiten Kommission wurden als solche Rechte beispielsweise das Urheberrecht und das Patentrecht angeführt. Es kann dahingestellt bleiben, ob bei diesen der oben hervorgehobene Zweifel, der die Aufnahme der fraglichen Vorschrift veranlaßt hat, überhaupt entstehen kann. Zweifellos dürfte jedenfalls sein, daß der Nießbraucher eines Rechtes der gedachten Art alle Erträge bezieht, welche die Ausübung der Rechte oder die Überlassung der Ausübung an andere während der Dauer des Nießbrauchs gewährt, so z. B. das auf die betreffende Zeit fallende, von dem Verleger des Werkes, dessen Urheberrecht dem Nießbrauch unterliegt, zu zahlende Honorar, oder die für die Gestattung der Ausübung eines Patents für die betreffende Zeit zu zahlende Vergütung.

In den M. III S. 544 wird als zweifelhaft der Fall hervorgehoben, daß ein Zinsenbetrag eine Amortisationsquote in sich schließt. Man wird hier zu unterscheiden haben. Denkbar ist, daß es sich bei einer sog. Amortisationsquote in Wahrheit auch nur um eine für die Überlassung eines Kapitals auf eine bestimmte Reihe von Jahren zu zahlende Rente, um eine sog. Annuität, handelt; dann fällt diese Rente unter § 1073. Möglich ist aber auch, daß es sich dabei um eine neben den Zinsen erfolgende Rückzahlung des Kapitals handelt; dann gebührt die Amortisationsquote dem Nießbraucher nicht (s. Erl. 2 zu § 1076). Das letztgedachte Verhältnis wird immer anzunehmen sein, wenn ausdrücklich bestimmt ist, welcher Teil der wiederkehrenden Leistungen zur Amortisation dienen soll.

3. **Der Erwerb der Ansprüche auf Leistungen,** die nach § 1073 als Nutzungen zu betrachten sind, durch den Nießbraucher tritt ipso jure nach Maßgabe der in der Erl. 2a zu § 1068 dargelegten Grundsätze ein.

§ 1074.

E. I § 1028; II § 983 rev. § 1058; III § 1057. P. I S. 4693 ff.; M. III S. 544 f. P. II Bd. 3 S. 418.

In den §§ 1074—1079 werden besondere Vorschriften über den Nießbrauch an Forderungen gegeben. Die §§ 1074, 1075 enthalten die Regel, die §§ 1076—1079 besondere Vorschriften für Forderungen, die auf Zinsen ausstehen.

berechtigt. Er hat für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist er nicht berechtigt.

---

1. **Satz 1.** Eine Forderung gewährt, soweit sie nicht verzinslich ist, unmittelbar keine Nutzungen; sie bietet nur das Mittel, um den Gegenstand, auf dessen Leistung sie geht, zu erwerben und diesen zu nutzen. Dem Nießbraucher muß deshalb, um ihm ein von dem Rechte des Gläubigers unabhängiges Recht zu sichern, das Recht eingeräumt werden, die Forderung einzuziehen und sie, sofern ihre Fälligkeit von einer Kündigung abhängt, zu kündigen.

a) Das Recht zur Einziehung enthält die Befugnis, die Leistung des geschuldeten Gegenstandes anzunehmen. Der Schuldner kann nur an den Nießbraucher, nicht an den Gläubiger leisten und wird nur durch die Leistung an den Nießbraucher befreit. Unberührt bleibt jedoch die Vorschrift des § 1068 Abs. 1 verb. mit § 407 (Erl. 2 zu § 1068). Der Nießbraucher hat ferner das Recht, zu mahnen, auf die Leistung zu klagen und überhaupt die gesetzlich zulässigen Mittel anzuwenden, um den Schuldner zur Leistung anzuhalten, insbesondere die Zwangsvollstreckung zu betreiben, Arrest zu beantragen, im Konkurse des Schuldners die Forderung geltend zu machen ꝛc. Er tut dies kraft eigenen Rechtes, nicht als Vertreter des Gläubigers. Der Gläubiger bleibt aber berechtigt, die Leistung an den Nießbraucher zu fordern und darauf nötigenfalls zu klagen (P. II Bd. 5 S. 422). Der Nießbraucher ist nicht verpflichtet, dem Gläubiger von der Einziehung Anzeige zu machen (anders bei der Einziehung einer verpfändeten Forderung durch den Pfandgläubiger nach § 1285).

b) Zur Kündigung ist ebenfalls nur der Nießbraucher, nicht der Gläubiger berechtigt. Die Kündigung des Schuldners muß an den Nießbraucher erfolgen. Das letztere ist zwar nicht ausdrücklich bestimmt, wird aber aus der Stellung, welche das Gesetz dem Nießbraucher in betreff der Einziehung und Kündigung gibt, zu folgern sein (M. III S. 545; a. A. Biermann Erl. 1 zu § 1074, der für die Wirksamkeit der dem Gläubiger gegenüber erklärten Kündigung des Schuldners den § 407 Abs. 1 für maßgebend hält, und Thiele im Arch. f. civ. Pr. 89 S. 124, der eine solche Kündigung stets für wirksam erachtet).

c) Zweifelhaft ist, ob bei einem alternativen Schuldverhältnisse, bei welchem dem Gläubiger die Wahl zusteht, das Wahlrecht von dem Nießbraucher oder von dem Gläubiger auszuüben ist. Die Motive (S. 545) erklären sich für das Wahlrecht des Nießbrauchers. In der zweiten Kommission wurde diese Auffassung bestritten (P. II Bd. 3 S. 418), eine Entscheidung darüber ist aber nicht erfolgt. Für die Verneinung des Rechtes des Nießbrauchers läßt sich anführen, daß durch die Wahl sachlich eine Änderung des Schuldverhältnisses eintritt (§ 263 Satz 2) und daß es sich daher um eine auf Änderung der Forderung gerichtete und daher nach Satz 3 unzulässige Verfügung handelt. Da aber bei alternativen Schuldverhältnissen, bei welchen dem Gläubiger die Wahl zusteht, die Einziehung ohne vorherige Wahl nicht möglich ist und es sich dabei, ebenso wie bei der Kündigung, um eine Vorbedingung der Einziehung handelt, so dürfte es der Absicht des Gesetzes entsprechen, dem Nießbraucher das Wahlrecht zu geben. In Gemäßheit dieser Auffassung wird auch, wenn dem Schuldner die Wahl zusteht, die Erklärung der Wahl (§ 263 Satz 1) dem Nießbraucher gegenüber erfolgen müssen. Die Anwendung des § 264 Abs. 1 gestaltet sich dahin, daß, wenn dem Schuldner die Wahl zusteht, der Nießbraucher, solange die Wahl nicht erfolgt ist, die Zwangsvollstreckung sowohl auf die eine wie auf die andere Leistung richten kann, der Schuldner aber, solange der Nießbraucher die gewählte Leistung ganz oder zum Teil nicht empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen an den Nießbraucher sich befreien kann. Der im § 264 Abs. 2 für den Fall, daß dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht, vorausgesetzte Verzug des Gläubigers wird hier durch den Verzug des Nießbrauchers ersetzt, und an diesen hat der Schuldner die Aufforderung zur Vornahme der Wahl zu richten. Erklärt sich der Nießbraucher innerhalb der gesetzten Frist nicht, so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über (ebenso Biermann Erl. 1 zu § 1074; Dernburg Bd. 3 S. 565 § 193 Nr. 1; a. A. Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 327 Erl. 1 zu § 1074).

Anders liegt die Sache, wenn es sich nicht um ein alternatives Schuldverhältnis handelt, sondern dem Gläubiger das Recht zusteht, durch seine Erklärung zu bestimmen, ob das eine oder das andere von zwei gegenseitigen Schuldverhältnissen eintreten soll, ob also z. B. das Pferd A für fünfhundert oder das Pferd B für tausend gekauft sein soll. Hier wird durch die Wahl zugleich eine Verpflichtung des Gläubigers begründet, und nur der Gläubiger muß deshalb als zur Wahl berechtigt angesehen werden.

§. 1075. Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstande.

Werden verbrauchbare Sachen geleistet, so erwirbt der Nießbraucher das Eigenthum; die Vorschriften des §. 1067 finden entsprechende Anwendung.

Geht die Forderung auf Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, so tritt die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache nach Maßgabe des § 243 Abs. 2 ein, wenn der Schuldner das von seiner Seite zur Leistung dieser Sache an den Nießbraucher Erforderliche getan hat.

2. **Satz 2.** Dem ausschließlichen Rechte des Nießbrauchers, die Leistungen einzuziehen, entspricht die Verpflichtung, für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Sowohl die Frage, ob, als auch die Frage, in welcher Art gegen den Schuldner vorzugehen ist, unterliegt der Entscheidung des Nießbrauchers, und sowohl in der einen wie in der anderen Beziehung ist er zur Anwendung der ordnungsmäßigen Sorgfalt verpflichtet. Insbesondere wird er also rechtzeitig zu mahnen und dafür zu sorgen haben, daß keine Verjährung eintritt. Er hat ferner, wenn die Umstände dies erfordern, gegen den Schuldner zu klagen, Arrest und Zwangsvollstreckung zu beantragen, im Konkurse des Schuldners anzumelden und in allen diesen Beziehungen die ordnungsmäßige Sorgfalt anzuwenden.

3. **Satz 3.** Zu anderen Verfügungen über die Forderung als zur Einziehung und Kündigung ist der Nießbraucher nicht berechtigt. Er ist insbesondere nicht berechtigt, eine andere Leistung als die geschuldete an Zahlungsstatt anzunehmen (§ 364) oder durch Vertrag die Forderung zu erlassen oder zu ändern. Ebensowenig ist er berechtigt, die Forderung zu übertragen.

Auch zur Aufrechnung der Forderung gegen eine dem Schuldner ihm gegenüber zustehende Forderung ist er nicht berechtigt, weil auch hierin eine Verfügung über die Forderung liegt, die der Einziehung oder Kündigung nicht gleichgestellt werden kann. Dementsprechend kann auch der Schuldner dem die Forderung einziehenden Nießbraucher gegenüber wohl mit einer Forderung, die er gegen den Gläubiger, nicht aber mit einer Forderung, die er gegen den Nießbraucher hat, aufrechnen (M. III S. 545, s. Erl. 1 zu § 1071; a. A. Dernburg a. a. O.; Biermann Erl. 1e zu § 1074). Die Erklärung der Aufrechnung muß nicht, wie die Kündigung, dem Nießbraucher gegenüber, sondern dem Gläubiger gegenüber erklärt werden, weil es sich dabei nicht bloß um die dem Nießbrauch unterliegende Forderung, sondern auch um eine andere, dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehende Forderung handelt, die durch die Aufrechnung aufgehoben werden soll.

4. Über die Frage, wie sich das Verhältnis gestaltet, wenn der Nießbraucher selbst der Schuldner ist, s. Erl. 5 zu § 1075.

5. **Einen Vorbehalt** in bezug auf die Belastung von Staatsschuldbuchforderungen enthält EG. Art. 97 Abs. 1.

6. Teilweise ähnliche Vorschriften für das Pfandrecht an einer Forderung enthält der § 1282.

§ 1075.

E. I § 1029; II § 984 rev. § 1059; III § 1058. P. I S. 4693 ff., 4707 ff., 11973; M. III S. 545 ff. P. II Bd. 3 S. 418 ff.

Der § 1075 bestimmt das Rechtsverhältnis, welches infolge der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher eintritt. Der Abs. 1 enthält die Regel, der Abs. 2 eine besondere Vorschrift für den Fall, daß verbrauchbare Sachen den Gegenstand der Leistung bilden.

1. **Abs. 1.** Der Gläubiger erwirbt mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher den Gegenstand der Leistung. Bestand die Leistung in der Übertragung des Eigentums, so wird der Gläubiger Eigentümer, bestand sie in der Verschaffung eines Rechtes, so erwirbt der Gläubiger das Recht. Die nach allgemeinen Grundsätzen zu der Übertragung des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes erforderliche Annahmeerklärung von seiten des Erwerbers wird hier durch die Annahmeerklärung des Nießbrauchers ersetzt.

Dies gilt auch für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke sowie für die Begründung und Übertragung eines Rechtes an einem Grundstücke. Im E. I § 1029 Abs. 2 war für Fälle dieser Art mit Rücksicht auf die Einrichtung des Grundbuchs eine Mitwirkung des Gläubigers vorgeschrieben. Die zweite Kommission hat diese Bestimmung

gestrichen. Auch bei der zum Erwerbe des Eigentums erforderlichen Auflassung ist also erforderlich und genügend, daß der Nießbraucher und der Schuldner bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Grundbuchamte die Einigung erklären. Ebenso genügt bei der Belastung eines Grundstücks sowie bei der Übertragung eines Rechtes an einem solchen die Einigung zwischen dem Schuldner und dem Nießbraucher (§ 873). Die Erfordernisse der Gültigkeit der Einigung werden, soweit sie sich auf die Person des Erwerbers beziehen (z. B. Geschäftsfähigkeit, Willensmängel), nach der Person des Nießbrauchers beurteilt. Das gleiche dürfte auch, soweit der Erwerb davon abhängt, daß der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kennt (§ 892), von dieser Kenntnis gelten. Auf Grund der Einigung zwischen dem Nießbraucher und dem Schuldner erfolgt die Eintragung in das Grundbuch auf den Namen des Gläubigers. Selbstverständlich muß dem Grundbuchamt in der nach den Vorschriften der GBO. § 29 erforderlichen Weise nachgewiesen werden, daß derjenige, welcher die Annahmeerklärung abgegeben hat, wirklich der Nießbraucher ist. Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, so wird allerdings die Zuziehung des Gläubigers erforderlich.

Handelt es sich bei der Leistung um die Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache, so ist zur Erfüllung des Erfordernisses der Übergabe (§ 929), die Übergabe an den Nießbraucher erforderlich und genügend. Dieser wird unmittelbarer Besitzer, der Gläubiger mittelbarer Besitzer (§ 868) und Eigentümer. Auch in betreff der Tatbestände, welche die Übergabe ersetzen (§§ 930, 931), ist erforderlich und genügend, daß sie in der Person des Nießbrauchers eintreten. Ist der Schuldner nicht Eigentümer, so bestimmt sich der zum Erwerbe des Eigentums erforderliche gute Glaube (§§ 932ff.) nach der Person des Nießbrauchers.

2. Abs. 1. Mit dem Erwerbe des geleisteten Gegenstandes durch den Gläubiger erlangt der Nießbraucher kraft Gesetzes den Nießbrauch an dem Gegenstande. Dies gilt auch, wenn die Leistung in der Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen besteht. Der Nießbraucher erlangt den Nießbrauch an dem Grundstück oder an dem Rechte, ohne daß es einer Bestellung von seiten des Eigentümers oder des Berechtigten oder der Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuche bedarf. Dies ergibt der Wortlaut des Abs. 1 des § 1075 (s. auch den entsprechenden § 1287 und besonders den Satz 2 dortselbst nebst Erl. 2b) und entspricht unzweifelhaft der Absicht der zweiten Kommission (a. A. Dernburg Bd. 3 S. 565 § 193 Nr. 2b; Endemann II § 105 Anm. 11). Dadurch, daß der Nießbrauch ohne Eintragung im Grundbuch entsteht, wird dieses unrichtig; nach § 894 kann daher eine Berichtigung verlangt werden.

3. Abs. 2. Geht die dem Nießbrauch unterliegende Forderung auf Leistung verbrauchbarer Sachen, so würde aus den in Erl. 1, 2 dargelegten Grundsätzen folgen, daß mit der Leistung an den Nießbraucher sowohl der Gläubiger als der Nießbraucher das Eigentum erwürbe, da nach § 1067 der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen das Eigentum für den Nießbraucher begründet. Um diesen Widerspruch zu heben, wird im Abs. 2 bestimmt, daß der Nießbraucher das Eigentum erwirbt, und zwar soll hierdurch ausgedrückt werden, daß nur er, nicht der Gläubiger, das Eigentum erwirbt, dieser vielmehr nur die nach § 1067 bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen dem Besteller zustehenden Rechte erlangt (s. Erl. zu § 1067). Der Wert, den der Nießbraucher zu erstatten hat, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, in welchem ihm die verbrauchbaren Sachen geleistet sind; jedoch kann, wenn die Leistung infolge eines von dem Nießbraucher zu vertretenden Umstandes später erfolgt ist, als sie hätte verlangt werden können, und der Wert der Sachen infolgedessen zur Zeit der Leistung geringer war, als wenn die Leistung rechtzeitig erfolgt wäre, eine Verpflichtung des Nießbrauchers zum Schadensersatze nach § 1074 Satz 2 der durch § 1067 begründeten Verpflichtung hinzutreten.

Die Vorschrift des Abs. 2 findet Anwendung ohne Unterschied, ob die Forderung von vornherein auf Leistung verbrauchbarer Sachen ging oder ob sich erst infolge einer von dem Schuldner verschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung die ursprünglich auf Leistung nicht verbrauchbarer Sachen gehende Forderung in eine Forderung auf Ersatz des Wertes verwandelt hat. Durch das Verschulden des Schuldners wird hier nicht, wie bei der durch eine unerlaubte Handlung eines Dritten erfolgenden Beschädigung oder Zerstörung einer dem Nießbrauch unterliegenden Sache, eine selbständige Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Nießbraucher begründet; vielmehr tritt nur nach allgemeinen Grundsätzen die Umwandelung der ursprünglichen Verbindlichkeit ein, und durch die Umwandelung erleidet auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Gläubiger die dadurch bedingte Modifikation (M. III S. 547).

Zu den verbrauchbaren Sachen können auch die im § 1084 bezeichneten Papiere gehören (s. Erl. zu § 1084).

4. Geht die dem Nießbrauch unterliegende Forderung auf die Vornahme von Handlungen, insbesondere von Diensten, so ist zu unterscheiden, ob die Leistungen zu den Nutzungen zu rechnen sind oder nicht. Im ersteren Falle gebühren sie dem Nießbraucher; im zweiten Falle werden die Vorschriften über die Leistung verbrauchbarer Sachen entsprechend anzuwenden sein; die Dienste sind also zwar dem Nießbraucher zu leisten, dieser hat aber bei Beendigung des Nießbrauchs dem Gläubiger den Wert zu erstatten, welchen die Dienste zur Zeit der Leistung hatten (M. III S. 546 f.). Zu den Nutzungen gehören z. B. diejenigen Dienste, welche auf Grund einer Reallast oder eines Altenteils zu leisten sind (§ 1073). Häufig werden übrigens Forderungen, die auf Handlungen gehen, wegen ihrer Unübertragbarkeit mit einem Nießbrauche nicht belastet werden können.

5. Für den Fall, daß der Nießbraucher, sei es von vornherein, sei es durch Rechtsnachfolge in die Schuld, **selbst der Schuldner** der dem Nießbrauch unterliegenden Forderung **ist,** war im E. I § 1031 bestimmt, daß der Gläubiger berechtigt sei, die Leistung mit der Maßgabe zu fordern, daß für den Nießbraucher an dem Gegenstande der Leistung gleichzeitig der Nießbrauch begründet werde. Von der zweiten Kommission wurde die Vorschrift gestrichen, indem angenommen wurde, daß sie sich nach § 1074 von selbst verstehe.

Das Verhältnis wird in folgender Weise zu beurteilen sein: Der Schuldner ist verpflichtet, an den Nießbraucher, also an sich selbst zu leisten. Das hierzu erforderliche Rechtsgeschäft kann er, da es sich dabei lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, nach § 181 mit sich selbst vornehmen. Unmittelbare Anwendung findet freilich der § 181 nicht, weil der Nießbraucher nicht Vertreter des Gläubigers ist; da an ihn aber statt an den Gläubiger zu leisten ist und die Leistung an ihn die Wirkung der Erfüllung hat, so dürfte eine entsprechende Anwendung des § 181 unbedenklich sein. Das betreffende Rechtsgeschäft muß selbstverständlich in genügender Weise erklärt werden, und dies wird regelmäßig durch Mitteilung an den Gläubiger geschehen. Kann die Leistung durch einfachen Vertrag erfolgen, wie z. B. dann, wenn die Leistung in der Abtretung einer Forderung besteht, so genügt die Vornahme des Rechtsgeschäfts mit sich selbst. Handelt es sich um die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen und ist also die Übergabe oder ein sie ersetzender Tatbestand (§§ 929—931) erforderlich, so genügt, wenn der Schuldner im Besitze der Sache ist, seine Erklärung, daß er nunmehr die Sache als Nießbraucher besitze, und, wenn er nicht im Besitz ist, die Erklärung, daß er den ihm zustehenden Anspruch auf Herausgabe an sich als Nießbraucher abtrete. Geht die Forderung auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, so muß Auflassung und Eintragung erfolgen. Auch hier wird aber der Nießbraucher die zu der Auflassung erforderlichen Erklärungen des Schuldners und des Nießbrauchers (s. Erl. zu § 1074) in beiden Eigenschaften vor dem Grundbuchamt abgeben können und daraufhin die Eintragung zu erfolgen haben. Geht die Forderung auf Begründung oder Übertragung des Rechtes an einem Grundstücke, so genügt die von dem Schuldner mit sich selbst als Nießbraucher vorgenommene Einigung und die Eintragung, welche auf Grund des Antrags und der Bewilligung des Schuldners-Nießbrauchers zu erfolgen hat. Geht die Forderung auf Leistung verbrauchbarer Sachen, so tritt mit der Vornahme des von dem Schuldner als Nießbraucher mit sich selbst vorzunehmenden Rechtsgeschäfts keine Änderung in dem Eigentum ein; die Vornahme hat hier aber die Wirkung, daß der Schuldner dadurch nach Maßgabe des § 1067 dem Gläubiger als Nießbraucher verpflichtet wird. Man wird in einem solchen Falle, wenn es sich um Leistung vertretbarer Sachen, insbesondere von Geld, handelt, auch nicht fordern können, daß der Nießbraucher die betreffenden Stücke besessen habe und deren Eigentümer gewesen sei; es würde dies ein unnötiger Formalismus sein, da der Gläubiger ein rechtliches Interesse nur daran hat, daß er den ihm nach Maßgabe des § 1067 zustehenden Anspruch gegen den Nießbraucher erhält. Sind verbrauchbare Sachen, die nicht vertretbare sind, Gegenstand der geschuldeten Leistung, so wird allerdings schon wegen der Feststellung des zu ersetzenden Wertes, weil der Nießbraucher diesen nicht durch Vertrag mit dem Schuldner bestimmen kann, eine Einigung mit dem Gläubiger erforderlich sein, wenn der Nießbraucher die zu leistenden Sachen nicht wirklich hat (etwas abweichend M. III S. 549 f.; Biermann Erl. 3 zu § 1075).

Der Gläubiger kann die Vornahme der nach dem obigen zu der Leistung erforderlichen Handlungen von dem Schuldner-Nießbraucher fordern (s. Erl. 1a zu § 1074) und erwirbt mit der Leistung des Schuldners an sich selbst das übertragene Recht.

§. 1076. Ist eine auf Zinsen ausstehende Forderung Gegenstand des Nießbrauchs, so gelten die Vorschriften der §§. 1077 bis 1079.

---

§ 1076.

E. I § 1033; II § 985 rev. § 1060; III § 1059. M. I S. 4693 ff., 4719 ff.; M. III S. 550 f. P. II Bd. 3 S. 423 ff.

1. **Grundgedanke der §§ 1076—1079.** Die §§ 1076—1079 enthalten die besonderen Vorschriften, welche für den Nießbrauch an Forderungen gelten, die auf Zinsen ausstehen. Sie beruhen auf dem Gedanken, daß bei Forderungen, die nicht bloß ein Mittel zur Erlangung der weiter nutzbar zu machenden Leistung abgeben, sondern ein dauerndes fruchttragendes Vermögensstück bilden sollen, mit diesem Zwecke die dem Nießbraucher nach §§ 1074, 1075 zustehenden Rechte nicht vereinbar sind und daher in der Art modifiziert werden müssen, daß zwar einerseits dem Nießbraucher die Nutzung der Forderung ermöglicht und gesichert bleibt, andererseits aber eine Änderung der Substanz nur unter Mitwirkung des Gläubigers erfolgen kann. Dieser Grundgedanke konnte jedoch seiner Natur nach in dem Gesetze nicht unmittelbar ausgesprochen werden, vielmehr bedurfte es einer konkreteren Bezeichnung derjenigen Forderungen, bei welchen das Gesetz ihn als zutreffend annimmt. Der Ausdruck „Kapitalanlagen", der in anderen Gesetzen und in der Theorie wohl gebraucht wird, erschien zu unbestimmt. Der § 1076 wählt deshalb die Bezeichnung „auf Zinsen ausstehende Forderung".

2. **Begriff der auf Zinsen ausstehenden Forderungen.** In der rechtsgeschäftlichen Verabredung von Zinsen wird das Kriterium gefunden, daß die betreffende Forderung dauernd in dieser Form erhalten und genutzt werden soll. Verzinslichkeit der Forderung für sich allein genügt nicht. Eine Forderung fällt dadurch, daß Verzugszinsen von ihr gezahlt werden müssen, nicht unter den § 1076. Auch daß gesetzliche Zinsen von der Forderung zu entrichten sind, genügt nicht. Nach den §§ 452, 641 hat z. B. der Käufer und der Besteller eines Werkes unter den dort bezeichneten Voraussetzungen Zinsen von dem Kaufpreis und von der vereinbarten Vergütung zu zahlen. Aus den Voraussetzungen, von welchen diese Zinspflicht abhängt, läßt sich in keiner Weise folgern, daß die Forderung auf den Kaufpreis oder die Vergütung dauernd als zinstragend erhalten bleiben soll. Wäre der Kaufpreis oder die Vergütung bis zu einem bestimmten Zeitpunkte kreditiert und wären deshalb Zinsen nicht zu bezahlen, so würde die betreffende Forderung unzweifelhaft nicht unter den § 1076 fallen. Sie erhält aber dadurch, daß eine Kreditierung nicht erfolgt ist, sicherlich in der hier fraglichen Beziehung keinen anderen Charakter (a. A. anscheinend M. III S. 550 f.; Biermann Erl. zu § 1076; Dernburg Bd. 3 S. 566 § 193 II B 1). Nur dann, wenn das Gesetz selbst die Zahlung hinausschiebt und bis zu dem bestimmten Termine die Entrichtung von Zinsen vorschreibt, wie es z. B. bei Ablösungskapitalien oder für den im Falle der Enteignung zu leistenden Ersatz vorkommen kann, wird man die Voraussetzung, daß die Forderung auf Zinsen aussteht, als gegeben anzunehmen haben.

Sind rechtsgeschäftliche Zinsen vereinbart, so ist es gleichgültig, ob die Rückzahlung des Kapitals nach längerer oder kürzerer Zeit und ob sie zu einer bestimmten Zeit oder nach Kündigung erfolgen soll. So wird z. B. das bei einem Bankier ausstehende vertragsmäßig zu verzinsende Guthaben, auch wenn die Rückzahlung jederzeit auf Verlangen erfolgen muß, als unter die Vorschrift des § 1076 fallend angesehen werden müssen. Der oben hervorgehobene Grund der fraglichen Vorschrift kann zwar in solchen Fällen möglicherweise nicht zutreffen; aber das Gesetz hat die fraglichen Vorschriften nicht unmittelbar davon abhängig gemacht, daß jener Grund im Einzelfalle zutrifft, sondern mit Rücksicht auf die Praktikabilität des Rechtes nur die Voraussetzung, daß die Forderung auf Zinsen aussteht, bestimmt, und diese Voraussetzung liegt in den gedachten Fällen vor.

In der zweiten Kommission war der Antrag gestellt, daß dem Schuldner gegenüber die fraglichen Vorschriften nur dann zur Anwendung kommen sollten, wenn er das Vorliegen der Voraussetzungen kenne. Der Antrag ist abgelehnt. Er ist nach § 1070 in Verbindung mit § 407 unnötig.

3. **Die Zinsen bezieht auch bei den im § 1076 bezeichneten Forderungen der Nießbraucher.** Die Forderungen auf die Zinsen erwirbt der Nießbraucher nach Maßgabe der in der Erl. 2a zu § 1068 dargelegten Grundsätze. Sind neben den Zinsen und zugleich mit ihnen Amortisationsquoten zu zahlen, so sind dies Rückzahlungen auf das Kapital. Nach der Absicht der Parteien wird aber regelmäßig anzunehmen sein, daß der Nießbraucher befugt sein soll, die Rückzahlungen, abweichend vom § 1077, ohne Mitwirkung des Gläubigers zu erheben. Dagegen bleibt seine

§. 1077. Der Schuldner kann das Kapital nur an den Nießbraucher und den Gläubiger gemeinschaftlich zahlen. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich gezahlt wird; jeder kann statt der Zahlung die Hinterlegung für beide fordern.

Der Nießbraucher und der Gläubiger können nur gemeinschaftlich kündigen. Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Nießbraucher und dem Gläubiger erklärt wird.

Verpflichtung nach Maßgabe des § 1079, zur Wiederanlegung der Amortisationsquoten mitzuwirken, bestehen. In betreff der weiteren Behandlung des in Fällen dieser Art eintretenden Verhältnisses war in der zweiten Kommission der Antrag gestellt, eine Bestimmung entweder dahin zu treffen, daß der Nießbraucher die Zinsen des nach Abzug der Amortisationsquoten verbleibenden Kapitals und die Zinsen der nach § 1079 wieder anzulegenden Amortisationsquoten zu beziehen habe, oder dahin, daß der Nießbraucher die Zinsen des ursprünglichen Kapitals bis zur vollständigen Amortisation ganz und erst von diesem Zeitpunkt an die Zinsen des durch Wiederanlegung der Amortisationsquoten gebildeten neuen Kapitals zu beziehen habe. Man war darüber einig, daß die erstgedachte Alternative die grundsätzlich richtigere, die zweite aber die praktisch zweckmäßigere sei und regelmäßig der Absicht der Parteien mehr entsprechen werde. Die Aufnahme einer besonderen Bestimmung wurde aber für unnötig gehalten (P. II Bd. 3 S. 425f.). Der Unterschied der beiden Wege zeigt sich besonders dann, wenn das durch die Wiederanlegung der Amortisationsquoten gebildete Kapital höher oder niedriger verzinslich ist als das ursprüngliche Kapital. Der zweite Weg dürfte als der von den Parteien stillschweigend vereinbarte anzusehen sein, sofern nicht besondere Umstände eine andere Auslegung rechtfertigen.

4. Wird mit dem Kapitale zugleich eine Prämie bezahlt, so ist diese keine Nutzung und gebührt dem Nießbraucher nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn die Bezahlung der Prämie mit Rücksicht auf einen niedrigen Zinssatz vereinbart worden ist (M. III S. 551). Die Prämie ist als ein Teil des Kapitals anzusehen. Für den Fall der Einlösung von Inhaberpapieren, bei welchen Prämien besonders häufig vorkommen, ist dies im § 1083 ausdrücklich bestimmt.

5. Die Vorschriften der §§ 1076—1079 sind dispositiver Natur. Es kann insbesondere vereinbart werden, daß der Nießbraucher die Forderung nach den Vorschriften über verbrauchbare Sachen (§ 1067) erhalten oder daß er nur den Zinsgenuß haben solle.

6. Soweit die Vorschriften der §§ 1076—1079 Anwendung finden, fällt die dem Nießbraucher nach § 1074 Satz 2 obliegende Verpflichtung, für die ordnungsmäßige Einziehung der Forderung zu sorgen, weg (M. III S. 555).

§ 1077.

E. I § 1033 Abs. 1, 2, 4, 5; II § 986 rev. § 1061; III § 1060. P. I S. 4693 ff., 4722 f., 4725 f., 4729 ff., 5793 ff.; M. III S. 551 ff. P. II Bd. 3 S. 423 ff.; Bd. 4 S. 593.

1. Abs. 1. Die hier getroffene Vorschrift über die Art der Leistung entspricht der Vorschrift des § 432 über das auf eine unteilbare Leistung gerichtete Schuldverhältnis mit einer Mehrheit von Gläubigern. Wie die unteilbare Leistung nur an die mehreren Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann, so muß bei einer Forderung der hier fraglichen Art der Schuldner das Kapital an den Gläubiger und an den Nießbraucher gemeinschaftlich zahlen (Satz 1); die Zahlung an einen von ihnen allein befreit ihn nicht. Durch die Leistung an den Gläubiger und an den Nießbraucher gemeinschaftlich werden beide Mitbesitzer des gezahlten Geldes. Der Gläubiger erwirbt das Eigentum, der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gelde (a. A. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 933f.); das Verhältnis bestimmt sich aber nicht nach den Vorschriften über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen, vielmehr sind beide zum gemeinschaftlichen Mitbesitze bis zur Wiederanlegung nach Maßgabe des § 1079 berechtigt. Ist der Gläubiger oder der Nießbraucher im Verzuge der Annahme oder kann die Leistung an beide gemeinschaftlich aus einem in der Person des einen von ihnen liegenden Grunde nicht erfolgen, so kann der Schuldner nach § 372 für beide gemeinschaftlich hinterlegen.

Auf die Leistung an beide gemeinschaftlich kann jeder von ihnen klagen; jeder von ihnen ist aber auch berechtigt, statt dessen die Hinterlegung für beide zu verlangen (Satz 2). Im E. I § 1033 Abs. 5 war bestimmt, daß jeder „nach seiner Wahl“ die Leistung an beide gemein-

§. 1078. Ist die Forderung fällig, so sind der Nießbraucher und der Gläubiger einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken. Hängt die Fälligkeit von einer Kündigung ab, so kann jeder Theil die Mitwirkung des anderen zur Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist.

---

schaftlich oder die Hinterlegung für beide verlangen könne. Hiernach würde die Priorität der Wahl gegenüber dem Schuldner entschieden haben. In der zweiten Kommission sind die Worte „nach seiner Wahl" gestrichen (P. II Bd. 4 S. 598). Dadurch ist klargestellt, daß, solange die Leistung nicht an beide gemeinschaftlich erfolgt ist, jeder noch die Hinterlegung zu fordern berechtigt ist. Über die Wirkung der Hinterlegung entscheiden die §§ 372 ff. Nur an den Gläubiger und an den Nießbraucher gemeinschaftlich kann der hinterlegte Betrag mit befreiender Wirkung zurückgezahlt werden.

Der Leistung an den Nießbraucher und an den Gläubiger gemeinschaftlich steht es gleich, wenn die Leistung an einen von ihnen allein mit Einwilligung oder Genehmigung des anderen erfolgt. Die Einwilligung oder Genehmigung kann wirksam sowohl gegenüber demjenigen, an welchen die Leistung erfolgt, als gegenüber dem Schuldner erklärt werden.

2. **Abs. 2.** In betreff der Kündigung der Forderung gilt derselbe Grundsatz wie in betreff der Leistung. Sie kann wirksam nur von dem Gläubiger und dem Nießbraucher gemeinschaftlich erfolgen (**Satz 1**). Kündigt zunächst der eine und später der andere, so wird die Kündigung erst mit der zuletzt erfolgten Erklärung wirksam (a. A. Biermann Erl. 2 zu § 1077). Muß sie innerhalb einer bestimmten Frist vor dem Termin, an welchem die Leistung erfolgen soll, erklärt werden, so wird sie überhaupt nicht wirksam, wenn nicht auch die Erklärung desjenigen, welcher zuletzt kündigt, innerhalb dieser Frist erfolgt. Kündigt der Gläubiger oder der Nießbraucher allein, aber zugleich im Namen des anderen, so finden die Vorschriften der §§ 174, 180 Anwendung.

Auch die Kündigung des Schuldners muß an den Gläubiger und den Nießbraucher gemeinschaftlich erfolgen (**Satz 2**). Erfolgt sie an beide nacheinander, so wird sie erst wirksam mit der zuletzt erfolgenden Kündigung, und der Zeitpunkt, an welchem diese erfolgt, ist für die Rechtzeitigkeit der Kündigung entscheidend.

3. **Ob sowohl der Gläubiger als der Nießbraucher wirksam mahnen kann**, wird in M. III S. 552 unentschieden gelassen. Die Frage wird zu bejahen sein, da jeder von ihnen berechtigt ist, die Leistung an beide gemeinschaftlich oder die Hinterlegung zu verlangen (a. A. Dernburg Bd. 3 § 193 S. 541, Biermann Erl. 2 zu § 1077).

Ein Wahlrecht zwischen zwei Leistungen (§ 262) wird bei Forderungen der hier fraglichen Art selten vorkommen. Es ist indessen denkbar z. B. dahin, daß die Rückzahlung entweder in Geld oder in Wertpapieren erfolgen soll. In solchem Falle werden die Vorschriften über die Kündigung entsprechend anzuwenden sein. Steht die Wahl dem Schuldner zu, so wird sie erst wirksam, wenn sie sowohl gegenüber dem Gläubiger als gegenüber dem Nießbraucher erklärt ist. Steht die Wahl dem Gläubiger zu, so kann sie wirksam nur von dem Gläubiger und dem Nießbraucher gemeinschaftlich erfolgen. Können sie sich nicht einigen, so kann das Wahlrecht nicht ausgeübt werden.

In betreff der rechtsgeschäftlichen Aufhebung oder Änderung der Forderung bleibt es bei der Regel des § 1071. Zur Übertragung und Belastung der Forderung ist der Gläubiger allein berechtigt.

4. **Teilweise ähnliche Vorschriften** enthalten für das Pfandrecht an einer Forderung die §§ 1281, 1283.

§ 1078.

E. I § 1033 Abs. 3; II § 987 rev. § 1062; III § 1061. P. I S. 4693 ff., 4723 ff., 5753 ff., 5761; M. III S. 553 f. P. II Bd. 3 S. 423 ff.

Der § 1078 **bestimmt** das zwischen dem Gläubiger und dem Nießbraucher in betreff der Einziehung und Kündigung der Forderung stattfindende obligatorische Verhältnis.

1. **Satz 1.** Der Gläubiger und der Nießbraucher sind einander verpflichtet, zur Einziehung der Forderung, sobald diese fällig ist, mitzuwirken. Dies bedeutet nicht, daß sie verpflichtet sind, gemeinschaftlich auf Zahlung zu klagen, sondern nur, daß sie zur gemeinschaft-

§. 1079. Der Nießbraucher und der Gläubiger sind einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß das eingezogene Kapital nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Nießbraucher der Nießbrauch bestellt wird. Die Art der Anlegung bestimmt der Nießbraucher.

---

lichen Annahme der Zahlung verpflichtet sind. Auf die Erfüllung dieser Verpflichtung zur Annahme kann jeder klagen. In welcher Art nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung die Zwangsvollstreckung erwirkt werden kann, ob insbesondere die Vorschriften der CPO. § 887 in Verbindung mit § 894 oder ob nur die §§ 888, 893 Anwendung finden, ist zweifelhaft, s. darüber Struckmann-Koch Anm. 1 zu § 888 und Anm. 1 zu § 894 sowie die dort angeführte Literatur und Rechtsprechung.

In der ersten Kommission war ein Antrag dahin gestellt, daß in Ermangelung eines Einverständnisses zwischen dem Gläubiger und dem Nießbraucher, jeder von ihnen die Bestellung eines Verwalters durch das Gericht zu fordern berechtigt sein solle, der als Vertreter beider die Zahlung anzunehmen und den gezahlten Betrag nach Maßgabe der über die Anlegung aufgestellten Grundsätze wieder anzulegen habe. Der Antrag wurde nicht angenommen. Über die Gründe ergeben die Protokolle nichts. Sachlich wird man wohl auf Grund der angeführten Bestimmungen der CPO. zu einem diesem Antrag entsprechenden Ergebnisse gelangen können. Immer hat aber daneben bei schuldhafter Nichterfüllung der Verpflichtung von seiten des einen Teiles der andere Teil Anspruch auf Schadensersatz, unter Umständen also auf Ersatz der Kosten der durch die Verweigerung der Annahme notwendig gewordenen Hinterlegung.

Neben dem Anspruche jedes Teiles, von dem anderen die Mitwirkung zur Einziehung zu verlangen, bleibt das jedem Teile nach § 1077 gegenüber dem Schuldner zustehende Recht, die Hinterlegung zu verlangen.

2. **Satz 2.** Das Recht jedes Teiles, von dem anderen die Mitwirkung zur Kündigung zu verlangen, ist dadurch bedingt, daß die Einziehung wegen Gefährdung der Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist. Nicht verlangt werden kann die Kündigung, um einen höheren Zins zu erreichen, auch nicht deshalb, weil der Schuldner in der Zahlung der Zinsen nachlässig ist. Ob eine Gefährdung der Sicherheit vorliegt, ist nach den Umständen des Falles unter Berücksichtigung der Auffassung des Verkehrs zu beurteilen. Es genügt nicht, daß die Sicherheit nicht mündelmäßig ist (§§ 1807, 1808). Nicht erforderlich ist, daß die Gefährdung der Sicherheit erst nach der Bestellung des Nießbrauchs eingetreten ist.

Ist der eine Teil rechtskräftig zu der Mitwirkung zur Kündigung verurteilt, so entsteht auch hier die unter Nr. 1 hervorgehobene Frage, in welcher Art die Zwangsvollstreckung stattfindet. Es dürfte sich rechtfertigen und jedenfalls dem Zwecke der fraglichen Vorschrift am meisten entsprechen, wenn auf Grund des § 894 die Kündigung von seiten des Verurteilten an den Schuldner in dem Zeitpunkt als erfolgt angenommen wird, in welchem das rechtskräftige Urteil dem Schuldner von dem obsiegenden Teile zugestellt wird.

3. Teilweise ähnliche Vorschriften enthält für das Pfandrecht an einer Forderung der § 1285.

§ 1079.

E. I § 1034; II § 988 rev. § 1063; III § 1062. M. I S. 4694, 4696 f., 4699, 4726 f., 4743, 4746; M. III S. 524 f. P. II Bd. 3 S. 423 ff.

1. Die im § 1079 dem Gläubiger wie dem Nießbraucher auferlegte Verpflichtung, zur verzinslichen Wiederanlegung des eingezogenen Kapitals mitzuwirken, entspricht dem Zwecke das eingezogene Kapital dauernd als fruchttragendes Vermögensstück zu erhalten. Die Anlegung hat nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften der §§ 1807, 1808 (vgl. EG. Art. 212) zu erfolgen. Innerhalb der hierdurch bestimmten Grenzen hat der Nießbraucher das Recht, die Art der Anlegung zu bestimmen, weil hierbei sein Interesse mit Rücksicht auf die Höhe der Zinsen vorzugsweise in Betracht kommt. Die Wiederanlegung hat auf den Namen des Gläubigers oder durch Ankauf von Inhaberpapieren zu erfolgen. Dem Nießbraucher steht an dem wiederangelegten Kapitale der Nießbrauch nicht kraft Gesetzes zu; er kann aber verlangen, daß gleichzeitig mit der Wiederanlegung ihm von dem Gläubiger der Nießbrauch bestellt werde. Die Bestellung erfolgt nach § 1069 und bei Inhaberpapieren nach § 1081.

§. 1080. Die Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung gelten auch für den Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld.

§. 1081. Ist ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist, Gegenstand des Nießbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zu dem Papiere gehörenden Erneuerungsscheins dem Nießbraucher und dem Eigenthümer gemeinschaftlich zu. Der Besitz der zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine steht dem Nießbraucher zu.

Zur Bestellung des Nießbrauchs genügt an Stelle der Uebergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes.

Die gegenseitige Verpflichtung besteht sowohl, wenn die Forderung von beiden Teilen gemeinschaftlich eingezogen, als wenn der Betrag für beide gemeinschaftlich hinterlegt ist. Über die Frage, in welcher Art bei einem rechtskräftigen Urteil auf Mitwirkung zur Wiederanlegung die Zwangsvollstreckung zu erfolgen hat, s. Erl. 1 zu § 1078.

2. **Teilweise ähnliche Vorschriften** enthält für das Pfandrecht an einer Geldforderung der § 1288.

§ 1080.

E. I § 1035; II § 989 rev. § 1064; III § 1063. P. I S. 5456 f.; M. III S. 555 f. P. II Bd. 3 S. 426 f.

1. **Grundschulden und Rentenschulden** stehen wirtschaftlich in der hier fraglichen Beziehung den Forderungen gleich. Ob man sie rechtlich als Forderungen betrachten kann, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob es sich bei ihnen um eine Realobligation oder lediglich um eine dingliche Belastung handelt. Um der Entscheidung dieser Konstruktionsfrage nicht vorzugreifen, ist die Fassung des E. I § 1035, nach welcher die Vorschriften über den Nießbrauch an Forderungen entsprechende Anwendung finden sollen, von der zweiten Kommission dahin geändert worden, daß das Wort „entsprechende" gestrichen ist.

2. **Die Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung ergibt**, daß der Nießbraucher die Ansprüche auf die Zinsen der Grundschuld und auf die Renten nach Maßgabe der in der Erl. 2a zu § 1068 dargelegten Grundsätze erwirbt. In betreff der Einziehung des Grundschuldkapitals, der Kündigung und der Wiederlanlegung finden, wenn die Grundschuld, was regelmäßig der Fall sein wird, verzinslich ist, die Vorschriften der §§ 1077—1079, andernfalls die Vorschriften der §§ 1074, 1075 Anwendung. Bei einer Rentenschuld gelten in betreff des Ablösungskapitals (§ 1199 Abs. 2) die Vorschriften der §§ 1077—1079. Hypotheken sind in dem § 1080 nicht erwähnt, weil sie mit einer Forderung verbunden sind, und für sie daher die Vorschriften über den Nießbrauch an Forderungen ohne weiteres Anwendung finden. Die im E. I § 1035 noch erwähnten Eigentümerhypotheken sind von der zweiten Kommission gestrichen, weil sie nach § 1177 Grundschulden sind. Reallasten sind nicht genannt, weil sie reichsrechtlich nicht ablösbar sind. Die auf Grund einer solchen zu bewirkenden Leistungen bezieht der Nießbraucher (§§ 1073, 1107).

3. **Eine dem § 1080 entsprechende Vorschrift** trifft für das Pfandrecht der § 1291.

§ 1081.

E. I § 1036 Abs. 1, 2, § 1037; II § 990 rev. § 1065; III § 1064. P. I S. 4736 ff., 4757 ff., 6236 f.; M. III S. 556 ff. P. II Bd. 3 S. 427 ff.

Die besonderen Vorschriften der §§ 1081—1084 über die Begründung des Nießbrauchs an den im § 1081 bezeichneten Forderungen und sonstigen Rechten und das dadurch entstehende Rechtsverhältnis sind wegen der eigentümlichen Verbindung, in der bei diesen Rechten das Recht mit der darüber ausgestellten Urkunde steht, für erforderlich erachtet.

1. **Die Vorschriften der §§ 1081—1084 finden Anwendung** auf

a) Inhaberpapiere, d. h. Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793) und über Gesellschaftsanteile ausgestellte auf den Inhaber lautende Urkunden, insbesondere Aktien auf den Inhaber (HGB. §§ 179 ff., § 320 Abs. 3).

Die Vorschriften gelten nicht für die im § 808 bezeichneten Legitimationspapiere. Auf den Nießbrauch an den in diesen verbrieften Forderungen finden die allgemeinen Vorschriften über Nießbrauch an Forderungen Anwendung. Bei dem Nießbrauche z. B. an der durch ein Sparkassenbuch verbrieften Forderung ist der Nießbraucher infolge der Erstreckung seines Rechtes

§. 1082. Das Papier ist nebst dem Erneuerungsschein auf Verlangen des Nießbrauchers oder des Eigenthümers bei einer Hinterlegungsstelle mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur von dem Nießbraucher und

---

auf das Buch (§ 952 Abs. 1 Satz 2) zum Besitze des Buches berechtigt und erwirbt die Zinsforderungen nach Maßgabe des in der Erl. 2a zu § 1068 Bemerkten, in betreff des Kapitals aber finden die Vorschriften der §§ 1077—1079 Anwendung;

b) die mit Blankoindossament versehenen Orderpapiere (WO. Art. 12, 13, 98 Abs. 2; HGB. §§ 363, 365).

Die fraglichen Vorschriften finden aber nach § 1084 auf die unter a und b bezeichneten Papiere dann keine Anwendung, wenn diese zu den verbrauchbaren Sachen gehören.

2. Abs. 1. Nach den allgemeinen Grundsätzen über den Nießbrauch an Forderungen würde dem Nießbraucher das Recht zum Besitze des Papiers zustehen (§ 952 Abs. 1 Satz 2). Um die hierdurch für den Gläubiger entstehende Gefahr abzuwenden, daß der Nießbraucher das Kapital ohne Zustimmung des Gläubigers rechtswirksam einzieht, wird durch Satz 1 bestimmt, daß der Besitz des Papiers dem Gläubiger und dem Nießbraucher gemeinschaftlich zusteht. Das gleiche gilt von dem Erneuerungsscheine (§ 805). Der Besitz der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine wird dagegen im Satz 2, abweichend vom E. I § 1036 Abs. 2, dem Nießbraucher allein zugesprochen. Er erwirbt die dadurch begründeten Ansprüche aber nur pro rata temporis nach Maßgabe der in der Erl. 2a zu § 1068 dargelegten Grundsätze.

Aus der Gemeinschaftlichkeit des Besitzes ergibt sich, daß der Nießbraucher und der Eigentümer nur gemeinschaftlich imstande und berechtigt sind, die aus dem Papiere geschuldete Leistung einzuziehen oder sonst über das Papier zu verfügen. Umgekehrt gilt aber hier nicht, entsprechend dem § 1077 Abs. 1 Satz 1, der Satz, daß der Schuldner nur an den Nießbraucher und den Eigentümer gemeinschaftlich leisten kann; dieser Satz wäre mit den für die hier fraglichen Papiere geltenden Vorschriften, insbesondere bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber mit § 793, nicht vereinbar. Die zweite Kommission hat es daher insoweit mit Recht abgelehnt, mit dem E. I § 1036 Abs. 4 auf die hier fraglichen Papiere die dem jetzigen § 1077 im wesentlichen entsprechenden Vorschriften des E. I § 1033 für entsprechend anwendbar zu erklären. Doch dürfte sich eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 1077 Abs. 1 Satz 2 dahin rechtfertigen, daß sowohl der Nießbraucher als auch der Eigentümer des Papiers die Leistung an beide gemeinschaftlich oder die Hinterlegung für beide verlangen kann (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 1083).

Keine Vorschrift enthält das BGB. darüber, wer bei Aktien das Stimmrecht in den Versammlungen der Aktionäre auszuüben berechtigt ist. Die Statuten der Aktiengesellschaften haben hierüber zu entscheiden. Regelmäßig wird das Stimmrecht durch den Besitz der Aktie bedingt sein und daher dem Aktionär und dem Nießbraucher gemeinschaftlich zustehen (M. III S. 556; a. A. Dernburg Bd. 3 S. 569 § 194 Nr. 4).

Bei dem Nießbrauch an einer Aktie dürfte das Recht zum Bezuge neu auszugebender Aktien als eine bürgerliche Frucht des Rechtes aus der Aktie dem Nießbraucher gebühren (ebenso für das frühere Recht Meili in Holtheims Monatsschrift f. Handelsr. 9 S. 4ff.).

3. Abs. 2. Der Nießbrauch an einem Papiere der fraglichen Art ist Nießbrauch an einem Rechte. Da zu der Übertragung eines Rechtes dieser Art die Übergabe des Papiers erforderlich ist, so würde sie nach § 1069 auch zur Bestellung des Nießbrauchs erforderlich sein. Nach Abs. 2 soll aber statt dessen die Einräumung des Mitbesitzes genügen. Im übrigen verbleibt es bei den nach § 1069 zu beurteilenden Erfordernissen der Bestellung des Nießbrauchs.

Ist für das Papier eine Hypothek bestellt, so genügt auch für die Bestellung des Nießbrauchs an dieser, die Einräumung des Mitbesitzes an dem Papiere, weil mit dem Nießbrauch an dem Papier auch der Nießbrauch an der Hypothek entsteht (§ 1187). Eine Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch ist nicht erforderlich (§ 1187).

§ 1082.

E. I § 1036 Abs. 2; II § 991 rev. § 1066; III § 1065. P. I S. 4736 ff., 4757 ff., 6236 f.; M. III S. 557. P. II Bd. 3 S. 427 f.; Bd. 6 S. 93 f.

1. Der § 1082 soll die Vermeidung der Unzuträglichkeiten ermöglichen, welche mit dem gemeinschaftlichen Besitze verbunden sind. Satz 1 gibt daher dem Eigentümer des Papiers und dem

dem Eigenthümer gemeinschaftlich verlangt werden kann. Der Nießbraucher kann auch Hinterlegung bei der Reichsbank verlangen.

§. 1083. Der Nießbraucher und der Eigenthümer des Papiers sind einander verpflichtet, zur Einziehung des fälligen Kapitals, zur Beschaffung neuer Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine sowie zu sonstigen Maßnahmen mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung erforderlich sind.

Im Falle der Einlösung des Papiers finden die Vorschriften des §. 1079 Anwendung. Eine bei der Einlösung gezahlte Prämie gilt als Theil des Kapitals.

Nießbraucher gegen einander den Anspruch auf Hinterlegung bei einer Hinterlegungsstelle. Zu hinterlegen ist das Papier selbst sowie der Erneuerungsschein, deren gemeinschaftlicher Besitz beiden Teilen nach § 1081 zusteht. Die Hinterlegung der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine kann nicht verlangt werden. Die Hinterlegung hat mit der Bestimmung zu erfolgen, daß die Herausgabe nur von dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich verlangt werden kann. Erfolgt dieser Bestimmung zuwider die Herausgabe an einen allein, so wird die Hinterlegungsstelle dem anderen gegenüber nicht befreit. Nähere Vorschriften über die Hinterlegungsstelle und die Art, in welcher die Hinterlegung erfolgt, sind den Landesgesetzen vorbehalten (EG. Art. 144, 145).

Nach **Satz** 2 kann der Nießbraucher auch die Hinterlegung bei der Reichsbank verlangen.

Die Kosten der Hinterlegung werden beide Teile zu gleichen Teilen zu tragen haben, und zwar auch dann, wenn die Hinterlegung auf Verlangen des Nießbrauchers bei der Reichsbank erfolgt (a. A. Dernburg Bd. 3 S. 569 § 194 Nr. 2).

Die Umschreibung des Papiers auf den Namen des Eigentümers (§ 806) kann weder der Eigentümer noch der Nießbraucher fordern.

2. **Ähnliche Vorschriften** für Papiere der im § 1081 gedachten Art, die zum eingebrachten Gut einer Ehefrau, zum Mündelvermögen oder zu einer Vorerbschaft gehören, enthalten die §§ 1392, 1814, 2116.

§ 1083.

E. I § 1036 Abs. 3, 4; II § 992 rev. § 1067; III § 1066. M. I S. 4736 ff., 4757 ff., 6236 f., 11849 ff.; M. III S. 557 f. P. II Bd. 3 S. 427 f.

1. **Der Abs. 1 bestimmt die obligatorischen Verpflichtungen** des Nießbrauchers und des Eigentümers zur Mitwirkung bei der Einziehung des fälligen Kapitals, zur Beschaffung neuer Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine sowie zu sonstigen Maßnahmen, die zur ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung erforderlich sind. Zu den Maßnahmen der letztgedachten Art gehören z. B. die Handlungen, welche zur Erwirkung der Kraftloserklärung einer vernichteten oder abhanden gekommenen Schuldverschreibung auf den Inhaber erforderlich sind (§ 799), sowie das Verlangen der Ausstellung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber an Stelle der für kraftlos erklärten (§ 800). Dagegen gehört zu jenen Maßnahmen nicht der Verkauf des Papiers wegen Gefährdung der Sicherheit. Bei den Beratungen der ersten Kommission wurde dies ausdrücklich anerkannt; eine entsprechende Anwendung der im § 1078 in betreff der Kündigung gegebenen Vorschriften auf den Verkauf läßt sich nicht rechtfertigen (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 1083, Kober Erl. 1 zu § 1083).

Die **Kosten** der im gemeinschaftlichen Interesse erfolgten Maßnahmen haben der Nießbraucher und der Eigentümer zu gleichen Teilen zu tragen.

Über die Zwangsvollstreckung aus einem Urteile, durch welches der Nießbraucher oder Eigentümer zu einer der im § 1083 bezeichneten Maßnahmen mitzuwirken verurteilt wird, vgl. Erl. 1 zu § 1078.

2. **Abs. 2.** Über die nach **Satz** 1 dem Nießbraucher und dem Eigentümer nach Einlösung des Papiers obliegende Verpflichtung, zur Wiederanlegung des Kapitals nach Maßgabe des § 1079 mitzuwirken, s. Erl. zu § 1079.

Im **Satz** 2 wird der bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber häufig vorkommende Fall, daß neben dem Kapital eine Prämie zurückzubezahlen ist, besonders hervorgehoben und anerkannt, daß die Prämie zum Kapitale gehöre. Dabei wurde aber in der zweiten Kommission ausdrücklich anerkannt, daß die Prämie da, wo sie, wie bei Konvertierungsprämien, in Wirklichkeit nur eine Form der Zinsvergütung sei, dem Nießbraucher gebühre (P. II Bd. 3 S. 428).

§. 1084. Gehört ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist, nach §. 92 zu den verbrauchbaren Sachen, so bewendet es bei den Vorschriften des §. 1067.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

---

§ 1084.

E. I § 1036 Abs. 1; II § 993 rev. § 1068; III § 1067. P. I S. 6236 f.; M. III S. 556 f. P. II Bd. 3 S. 427 f.; Bd. 4 S. 785. RB. S. 2003. StB. S. 2788.

Papiere der im § 1084 bezeichneten Art können zu den verbrauchbaren Sachen gehören entweder wegen ihrer objektiven Beschaffenheit oder wegen ihrer Zugehörigkeit zu einem Warenlager oder zu einem sonstigen Inbegriffe von Sachen, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht. Zu den Sachen der erstgedachten Art gehören z. B. Banknoten und, falls man die im § 807 bezeichneten Karten und Marken zu den Inhaberpapieren im Sinne des § 1081 rechnet, auch diese. Zu den Sachen der letztgedachten Art gehören z. B. die zu einem Bankgeschäfte gehörenden zum Umsatze bestimmten Inhaberpapiere und auf Order lautenden mit Blankoindossament versehenen Wechsel. Für den Nießbrauch an allen Papieren dieser Art gelten die Vorschriften des § 1067.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

1. **Rechtliche Natur des Nießbrauchs an einem Vermögen.** An dem Inbegriffe von Sachen und Rechten, welche das Vermögen einer Person bilden, kann nach der Auffassung des BGB. ein Nießbrauch nicht in der Art bestehen, daß das Vermögen als eine universitas dem Nießbrauch unterliegt (vgl. Bd. I S. 161 Vorbm. 6; Rspr. 7 S. 36; **Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit**, Arch. f. bürg. R. 22 S. 1 ff., 7 f., 13, 17 f.). Das gleiche gilt von einer Erbschaft. (Über den Nießbrauch an einem Erbteil s. Erl. 2 zu § 1089). Möglich aber ist ein Vertrag, durch den jemand sich verpflichtet, einem anderen den Nießbrauch an seinem ganzen gegenwärtigen Vermögen oder an einem Bruchteile desselben zu bestellen; der Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form (§ 311); nichtig ist der Vertrag, wenn er sich auf das künftige Vermögen bezieht (§ 310). Die Verpflichtung der Bestellung des Nießbrauchs an einer Erbschaft oder an dem Bruchteile einer solchen kann ferner durch Verfügung von Todes wegen begründet werden. Die Erfüllung einer derartigen Verpflichtung erfolgt dadurch, daß der Nießbrauch an den zu dem Vermögen oder der Erbschaft gehörenden Gegenständen oder an den betreffenden Bruchteilen von diesen bestellt wird. Durch die Bestellung werden die einzelnen Gegenstände dem Nießbrauche nach Maßgabe der für den Nießbrauch an Gegenständen der fraglichen Art geltenden Vorschriften unterworfen. Daneben gelten aber für einen solchen Nießbrauch die besonderen Vorschriften der §§ 1086—1089. Der Nießbrauch wird hierdurch ein besonders qualifizierter. Über die Frage, ob die Qualifikation auch dann eintritt, wenn die Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen Gegenständen nicht zum Zwecke der Erfüllung einer Verpflichtung der gedachten Art, aber doch zu dem Zwecke erfolgt, den Nießbrauch an dem ganzen Vermögen oder an der ganzen Erbschaft oder an einem Bruchteile zu bestellen, s. Erl. 4 zu § 1085.

2. **Inhaltsübersicht.** Der § 1085 stellt die Regel darüber auf, in welcher Art der Nießbrauch an einem ganzen Vermögen zu bestellen ist. Der § 1086 gewährt den Gläubigern des Bestellers, deren Forderungen vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden sind, das Recht, ihre Befriedigung ohne Rücksicht auf den Nießbrauch aus den diesem unterliegenden Gegenständen zu suchen. Der § 1087 handelt von dem Rechte des Bestellers, die Rückgabe der zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Gegenstände von dem Nießbraucher zu verlangen, und bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen der Nießbraucher selbst über diese Gegenstände zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger verfügen kann. Der § 1088 handelt von der Haftung des Nießbrauchers für die Zinsen der bei der Bestellung des Nießbrauchs bestehenden verzinslichen Forderungen und für ähnliche dem Besteller obliegende wiederkehrende Leistungen. Der § 1089 endlich schreibt die entsprechende Anwendung der §§ 1085—1088 auf den Nießbrauch an einer Erbschaft vor.

3. **Nießbrauch an einem Sondervermögen.** Die Vorschriften der §§ 1085—1088 beziehen sich nur auf den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen, nicht auf den Nießbrauch an einem

§. 1085. Der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt. Soweit der Nießbrauch bestellt ist, gelten die Vorschriften der §§. 1086 bis 1088.

---

sog. **Sondervermögen**, also z. B. nicht auf den von einer Ehefrau bestellten Nießbrauch an ihrem Vorbehaltsgute. Daß die Bestellung des Nießbrauchs an einem solchen Vermögen nur durch Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen erfolgen kann, ergibt sich daraus, daß das BGB. einen Nießbrauch an einem Inbegriffe von Gegenständen als einem Ganzen nicht kennt. Besondere neben den für den Nießbrauch an den einzelnen Gegenständen geltenden Vorschriften anzuwendende Grundsätze können bei dem Nießbrauch an einem solchen Sondervermögen von den Parteien vereinbart werden. In Ermangelung einer solchen Vereinbarung verbleibt es lediglich bei den aus den Vorschriften über den Nießbrauch an einzelnen Gegenständen sich ergebenden Folgerungen. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 1086—1088 ist nur insoweit zulässig, als sie entweder ausdrücklich vereinbart oder nach den Umständen des Falles als stillschweigend vereinbart anzusehen ist und durch Vertrag zwischen dem Besteller und dem Nießbraucher bestimmt werden kann. Das letztere ist nur möglich, soweit es sich um das im § 1087 geregelte Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller und um die Haftung des Nießbrauchers für die Zinsen (§ 1088) gegenüber dem Besteller handelt, nicht aber soweit durch die gedachten Vorschriften die Rechtsstellung der Gläubiger des Bestellers geregelt ist. Auch in dieser Beziehung würde indessen ein sachlich ähnliches Verhältnis nach den Vorschriften über Verträge zugunsten Dritter durch einen zugunsten der Gläubiger abgeschlossenen Vertrag erreicht werden können.

Diese Grundsätze werden auch bei dem **Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäfte** zur Anwendung kommen müssen. In Ermangelung besonderer Vereinbarungen wird also der Nießbraucher Eigentümer der zu dem Erwerbsgeschäfte gehörenden verbrauchbaren Sachen, wobei insbesondere der § 92 Abs. 2 von Bedeutung ist; er kann ferner die zu dem Erwerbsgeschäfte gehörenden Forderungen nach Maßgabe der §§ 1074, 1075 einziehen, während er bezüglich der übrigen zu dem Erwerbsgeschäfte gehörenden Gegenstände auf deren Nutzung beschränkt ist. In betreff der zu dem Erwerbsgeschäfte gehörenden Schulden wird man regelmäßig wohl ein den Vorschriften der §§ 1087, 1088 entsprechendes Verhältnis als stillschweigend vereinbart ansehen können, in betreff des § 1088 jedoch nur, soweit es sich um die Verpflichtung des Nießbrauchers gegenüber dem Besteller handelt. Der weitere Betrieb des Erwerbsgeschäfts erfolgt auf den Namen und für Rechnung des Nießbrauchers. Für den Nießbrauch an einem Handelsgeschäfte kommen die Vorschriften des HGB. (§ 22 Abs. 2, §§ 25, 26) in Betracht.

Die Vorschriften des BGB. § 1655 über die elterliche Nutznießung an einem Erwerbsgeschäfte werden sich zur entsprechenden Anwendung eignen, wenn bei der Bestellung des Nießbrauchs vereinbart ist, daß das Erwerbsgeschäft auf den Namen und für Rechnung des Bestellers fortgeführt werden soll.

§ 1085.

E. I §§ 1038, 1039; II § 994 rev. § 1069; III § 1068. P. I S. 4770 ff.; M. III S. 558 ff. P. II Bd. 3 S. 429 f., 435 f. D. S. 668.

S. oben Vorbm. 1.

1. **Die Verpflichtung zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen** begründet die Verpflichtung zur Bestellung des Nießbrauchs **an allen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen**, jedoch nur insoweit, als ein Nießbrauch an den betreffenden Gegenständen möglich ist. Gehören also zu dem Vermögen Forderungen, welche nach §§ 399, 400 nicht übertragbar sind, und an denen daher nach § 1069 ein Nießbrauch nicht bestellt werden kann, so bleiben solche Forderungen außer Betracht. Eine Frage der Auslegung des die Verpflichtung begründenden Rechtsgeschäfts ist es, ob der Verpflichtete die Nutzungen, welche Gegenstände der fraglichen Art gewähren, dem Nießbraucher übertragen muß und ob er, wenn Forderungen der oben gedachten Art von ihm eingezogen werden und der eingezogene Gegenstand übertragbar ist, an diesem den Nießbrauch nachträglich zu bestellen hat. Die Anwendung der §§ 1086—1088 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß einzelne Gegenstände zu dem Vermögen gehören, an dem ein Nießbrauch nicht bestellt werden kann.

2. **Die Bestellung des Nießbrauchs** an den zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen **erfolgt** je nach der Art der Gegenstände nach den Vorschriften der §§ 873, 1032, 1069, 1081. Im E. I § 1039 war bestimmt, daß auf die Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen die Vorschriften des E. I § 313 Anwendung finden. Dieser Paragraph enthielt die Vorschrift, daß, wenn jemand ein Vermögen zu übertragen habe, alle zu dem Vermögen gehörenden Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügend sei, auch wenn sie nicht bekannt seien, auf den anderen durch die Vereinbarung übertragen werden, welche den Willen der Vertragschließenden ergebe, daß mit der Vereinbarung die Abtretung dieser Rechte oder die Übertragung des Vermögens bewirkt sein solle. Von der zweiten Kommission wurden die §§ 313, 1039 gestrichen, weil man sie für selbstverständlich hielt. Die Auslegung eines Vertrags der fraglichen Art wird wohl immer zu einem dem Inhalte jener Paragraphen entsprechenden Ergebnisse führen.

3. **Durch die Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen Gegenständen entsteht** in betreff dieser dasjenige Rechtsverhältnis, welches nach Maßgabe der für die verschiedenen Arten von Gegenständen geltenden Vorschriften durch den Nießbrauch begründet wird. Der Nießbraucher hat die ihm hiernach zustehenden Rechte der Nutzung an den einzelnen Gegenständen.

Ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag wollte bei dem Nießbrauch an einem ganzen Vermögen eine Surrogation in ähnlichem, jedoch in betreff des Erwerbes durch Rechtsgeschäfte etwas beschränkterem Umfang eintreten lassen, wie im § 1370 für das Vorbehaltsgut der Ehefrau vorgeschrieben ist. Der Antrag wurde abgelehnt. Es bleibt in dieser Beziehung also auch für den Nießbrauch an einem Vermögen bei den für den Nießbrauch an einzelnen Gegenständen geltenden Grundsätzen. Bei Forderungen tritt eine Surrogation nach Maßgabe des § 1075 ein. Bei Beschädigung oder Zerstörung des Gegenstandes durch eine unerlaubte Handlung wird nicht der dem Eigentümer deshalb zustehende Entschädigungsanspruch dem Nießbrauch unterworfen, vielmehr hat der Nießbraucher einen selbständigen Entschädigungsanspruch. Bei rechtsgeschäftlicher Surrogation entscheidet lediglich die Vereinbarung zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer.

Für den Nießbrauch an den einzelnen Gegenständen gelten ferner die Vorschriften über dessen Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit sowie die Vorschriften über die Beendigung des Nießbrauchs. Es gelten dafür insbesondere aber auch die Vorschriften über das obligatorische Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer, so die Vorschriften des § 1035 über die Aufnahme eines Verzeichnisses. Auch in betreff des Schatzes gilt nicht eine dem sächsischen GB. § 634 entsprechende Vorschrift, nach welcher die dem Eigentümer zufallende Hälfte des Schatzes dem Nießbraucher erworben wird. In M. III S. 559 wird die Frage offen gelassen. In Ermangelung einer besonderen Vorschrift muß es auch in dieser Beziehung bei der Vorschrift des § 1040 verbleiben, nach welcher der Nießbraucher kein Recht an dem Schatze hat.

4. **Neben dem** unter Nr. 3 dargelegten **in betreff der einzelnen Gegenstände bestehenden Rechtsverhältnis entsteht** bei dem Nießbrauch an einem Vermögen aber noch **ein besonderes Rechtsverhältnis des Nießbrauchers zu dem Besteller und dessen Gläubigern,** das in den §§ 1086—1088 geregelt ist. Der Besteller ist nicht identisch mit dem Eigentümer, braucht es wenigstens nicht zu sein. In der Denkschrift wird freilich von dem Besteller, d. h. von demjenigen, „dem die belasteten Sachen gehören und die belasteten Rechte zustehen", gesprochen (s. auch P. II Bd. 3 S. 433). Dies ist aber ungenau. Der Besteller wird zwar regelmäßig der Eigentümer der belasteten Sachen sein. Auch das Gegenteil aber ist möglich. Dies tritt ein, wenn der Besteller nicht Eigentümer war, aber trotzdem der Nießbrauch auf Grund des guten Glaubens des Erwerbers nach § 892 oder § 1032 begründet wurde. Es kann ferner eintreten, wenn der Besteller zwar bei der Bestellung Eigentümer war, später aber sein Eigentum an einen anderen übertragen hat. Die bei dem Auseinanderfallen des Bestellers und des Eigentümers entstehenden Fragen werden bei den einzelnen Paragraphen näher erörtert werden.

Die Voraussetzung, unter welcher das besondere Rechtsverhältnis der §§ 1086—1089 eintritt, wird im **Satz 2** durch die Worte bestimmt „soweit der Nießbrauch bestellt ist". Aus dem Zusammenhang, in welchem diese Bestimmung mit dem vorhergehenden Satze steht, ergibt sich, daß unter der Bestellung die zum Zwecke der Bestellung des Nießbrauchs an dem ganzen Vermögen erfolgte Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen Gegenständen verstanden wird. In den dinglichen Vertrag selbst muß jener Zweck mit aufgenommen werden. Nur dann, wenn der Wille beider Teile hierauf gerichtet ist und genügenden Ausdruck gefunden hat, entsteht der besonders qualifizierte Nießbrauch der

§. 1086. Die Gläubiger des Bestellers können, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung entstanden sind, ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen. Hat der Nießbraucher das Eigenthum an verbrauchbaren Sachen erlangt, so tritt an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Werthes; der Nießbraucher ist den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatze verpflichtet.

---

§§ 1086—1088. Nicht notwendig ist, daß jener Zweck ausdrücklich hervorgehoben wird. Die erforderliche Vereinbarung kann auch stillschweigend erfolgen und wird regelmäßig darin zu finden sein, daß die Bestellung zum Zwecke der Erfüllung des auf Bestellung des Nießbrauchs an dem ganzen Vermögen gerichteten obligatorischen Vertrags erfolgt. Ein solcher obligatorischer Vertrag wird regelmäßig der Bestellung vorausgehen. Es ist dies aber nicht unbedingt erforderlich. Möglich ist auch z. B., daß schenkweise, ohne vorheriges Schenkungsversprechen, der Nießbrauch an allen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen bestellt wird. Ferner kann durch den vorhergehenden obligatorischen Vertrag nur der andere Teil zu einer Gegenleistung für den Fall verpflichtet werden, daß ihm der Nießbrauch an dem ganzen Vermögen bestellt wird. Auch in Fällen dieser Art tritt der qualifizierte Nießbrauch der §§ 1086—1088 ein. Immer aber muß bei der Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen Gegenständen erhellen, daß sie nach dem Willen beider Teile zum Zwecke der Bestellung des Nießbrauchs an dem ganzen Vermögen erfolgt (Rspr. 7 S. 36).

Nicht erforderlich zum Eintritte des in den §§ 1086—1088 bestimmten Rechtsverhältnisses ist, daß der Nießbrauch bereits an allen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen bestellt ist. Wenn auch nur an einzelnen Gegenständen der in der angegebenen Art qualifizierte Nießbrauch bestellt ist, so gelten für diese Gegenstände die Vorschriften der §§ 1086, 1087. Dies wird durch das Wort „soweit" in Satz 2 angedeutet. Zweifelhaft kann sein, ob auch die im § 1088 bestimmte Verpflichtung des Nießbrauchers zur Bezahlung der Zinsen und der sonstigen dort bezeichneten wiederkehrenden Leistungen schon mit der Bestellung des qualifizierten Nießbrauchs an einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen eintritt oder ob diese Verpflichtung davon abhängt, daß der Nießbrauch an allen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen bestellt ist. Die Zinsenlast für den Fall, daß der Nießbrauch noch nicht an allen Gegenständen bestellt ist, zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller zu verteilen, etwa in dem Verhältnisse des Wertes der Gegenstände, an denen der Nießbrauch bestellt ist, zu dem Werte derjenigen Gegenstände, an welchen der Nießbrauch noch nicht bestellt ist, dürfte insbesondere den Gläubigern gegenüber praktisch nicht ausführbar sein und schwerlich der Absicht des Gesetzes entsprechen. Man wird sich daher für die eine oder die andere der oben hervorgehobenen Ansichten entscheiden müssen. Dem Wesen des qualifizierten Nießbrauchs dürfte die erstgedachte Ansicht am meisten entsprechen.

5. **Die Vorschriften des § 1085 finden entsprechende Anwendung** bei der Bestellung des Nießbrauchs an dem Bruchteil eines Vermögens. Der Nießbrauch ist hier an dem entsprechenden Bruchteile der einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenstände zu bestellen. Die Vorschriften der §§ 1086, 1087 finden dann nur auf diese Bruchteile Anwendung. Die im § 1088 bestimmte Verpflichtung des Nießbrauchers zur Zahlung der Zinsen und der sonstigen dort bezeichneten wiederkehrenden Leistungen beschränkt sich auf den dem Bruchteile des Vermögens entsprechenden Bruchteil dieser Zinsen und Leistungen.

§ 1086.

E. II § 995 rev. § 1070; III § 1069. P. II Bd. 3 S. 430 ff.; Bd. 6 S. 348. D. S. 668.

Entstehung. Bei dem gewöhnlichen Nießbrauche können die Gläubiger des Eigentümers oder desjenigen, welchem das dem Nießbrauch unterliegende Recht zusteht, ihre Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen nur unbeschadet des Nießbrauchs suchen. Nur wenn etwa bei der Bestellung des Nießbrauchs ein Vertrag zu ihren Gunsten geschlossen ist, oder wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen die Bestellung des Nießbrauchs anfechtbar ist, stehen dem Gläubiger die sich hieraus ergebenden Rechte zu. Der E. I wollte es im allgemeinen hierbei auch für den Nießbrauch an einem Vermögen belassen. Nur insofern wäre bei einem solchen Nießbrauche die Lage der Gläubiger günstiger gewesen, als sie sich im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Besteller den diesem nach E. I § 1040 (jetzt § 1087) gegen

den Nießbraucher zustehenden Anspruch auf Rückgabe der dem Nießbrauch unterliegenden Sachen überweisen lassen und so die Zwangsvollstreckung in diese Sachen ohne Rücksicht auf den Nießbrauch erwirken können. Die zweite Kommission hielt es im Interesse der Gläubiger für geboten, sie nicht auf diesen Umweg zu verweisen, sondern ihnen ein unmittelbares Recht gegen den Nießbraucher auf Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen ohne Rücksicht auf den Nießbrauch einzuräumen.

Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

1. **Das fragliche Recht steht den Gläubigern des Bestellers zu,** nicht den Gläubigern des Eigentümers oder desjenigen, welchem das dem Nießbrauch unterliegende Recht zusteht, sofern dieser nicht der Besteller ist (s. jedoch unten 5).

2. Das Recht steht **nur denjenigen Gläubigern** des Bestellers zu, **deren Forderungen vor der Bestellung des Nießbrauchs** an dem Gegenstand, aus welchem die Befriedigung gesucht wird, **entstanden sind.** Nicht der Zeitpunkt des auf die Bestellung gerichteten obligatorischen Vertrags, sondern der Zeitpunkt des dinglichen Bestellungsvertrags entscheidet. Nicht erforderlich ist, daß die Forderung zur Zeit der Bestellung bereits in derjenigen Gestalt besteht, welche sie in dem Zeitpunkte hat, in welchem die Befriedigung gesucht wird; es genügt vielmehr, daß der tatsächliche und rechtliche Grund, auf welchem sie beruht, bereits zu der betreffenden Zeit bestand. So wird z. B. wenn zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs ein Schuldverhältnis bestand, durch welches der Besteller zu der Leistung einer bestimmten Sache verpflichtet war, diese Verpflichtung sich später aber infolge der von dem Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung in eine Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz umgewandelt hat, der Gläubiger auch wegen dieser Forderung auf Schadensersatz die Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen zu verlangen berechtigt sein.

Bei einem bedingten oder betagten Rechtsgeschäfte tritt die von der Bedingung oder dem Termin abhängige rechtliche Wirkung nach den §§ 158, 163 erst mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins ein. Hiernach entsteht also die durch ein bedingtes oder betagtes Rechtsgeschäft begründete Forderung erst mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins. In diesem strengen Sinne dürfte indessen das Wort „entstanden" im § 1086 nicht zu verstehen sein. Der Zweck der fraglichen Vorschrift geht dahin, alle Forderungen zu schützen, deren Grund in einer den Besteller fest bindenden Weise gelegt und die nach der Auffassung des Verkehrs als Lasten des dem Nießbrauch unterliegenden Vermögens angesehen werden. Zu den Forderungen dieser Art gehören auch die zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bestehenden bedingten und betagten Forderungen, auch wenn die Bedingung oder der Termin noch nicht eingetreten ist. Selbstverständlich kann die Befriedigung erst gesucht werden, nachdem die Bedingung oder der Termin eingetreten ist.

Zweifelhaft ist, ob zu den im § 1086 gedachten Forderungen auch die Forderung gegen den Besteller auf Gewährung des Unterhalts auf Grund der ihm als Verwandten des Gläubigers nach § 1601 obliegenden Unterhaltspflicht zu rechnen ist, wenn die Verwandtschaft bereits zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bestand. Die Frage dürfte zu verneinen sein. Denn wenn auch die Verwandtschaft die Grundlage der gesetzlichen Unterhaltspflicht bildet, so wird durch sie allein doch nicht die Forderung auf Gewährung des Unterhalts begründet. Diese entsteht vielmehr nur unter der Voraussetzung der Bedürftigkeit auf seiten des Berechtigten (§ 1602) und der Leistungsfähigkeit auf seiten des Verpflichteten (§ 1603), und sie entsteht nicht als eine einheitliche Verpflichtung, sondern wenn und solange jene Voraussetzungen vorliegen, in jedem Augenblicke von neuem (s. Bd. IV S. 439 Vorbm. II). Als zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs entstanden wird daher der Unterhaltsanspruch nur insoweit zu betrachten sein, als der Unterhalt für die Vergangenheit gefordert werden kann (§ 1613) oder als er für eine angemessene Zeit im voraus zu entrichten ist (§§ 1612, 760). Hieran dürfte selbst dadurch nichts geändert werden, daß der Besteller zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs nach Maßgabe der CPO. § 258 bereits zur Gewährung des Unterhalts auf längere Zeit im voraus verurteilt ist; denn durch diese prozessualische Vorschrift wird der materielle Charakter der Unterhaltspflicht nicht geändert und eine diesem entsprechende Änderung der Verurteilung kann nach CPO. § 323 jederzeit erwirkt werden (vgl. auch KO. § 3 Abs. 2). Bei der entgegengesetzten Auffassung würde man, um den beabsichtigten Zweck zu erreichen, auch wohl genötigt sein, noch einen Schritt weiter zu gehen. Man würde bei der Beurteilung der Frage, ob der Verpflichtete imstande ist, den Unterhalt zu gewähren, auch diejenigen Gegenstände mit in Betracht ziehen müssen, an welchen der Nießbrauch bestellt ist, und jene Frage (also eine Voraussetzung für die Entstehung der

Verpflichtung) ohne Rücksicht auf den Nießbrauch entscheiden müssen. Wäre dies die Absicht des Gesetzes gewesen, so würde es gewiß ausdrücklich bestimmt sein (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 1086).

Ebenso wie die Unterhaltspflicht der Verwandten ist zu beurteilen die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten (§ 1360) und die Unterhaltspflicht des geschiedenen schuldigen Ehegatten (§§ 1578, 1579, 1583) sowie die Unterhaltspflicht der Ehegatten im Falle der Nichtigkeit der Ehe (§§ 1341, 1346, 1351). Anders dagegen steht es mit der regelmäßigen Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde bis zu dessen vollendeten sechzehnten Lebensjahre. Diese entsteht auf Grund der unehelichen Vaterschaft mit der Geburt des Kindes, ohne Rücksicht auf das Bedürfnis des Kindes und auf die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten (Erl. 3 zu § 1708). Hier kommt es also lediglich darauf an, ob das Kind zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bereits geboren war, denn dann war die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters bereits entstanden. Denselben Charakter hat die Unterhaltspflicht der Erben des unehelichen Vaters (§ 1712). Auch die Unterhaltspflicht der Erben des unterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten kann nach der Regelung, welche sie im § 1582 gefunden hat, vielleicht hierher gerechnet werden.

3. **Die Voraussetzungen, unter denen die Gläubiger ihre Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen erlangen können,** bestimmen sich nach CPO. §§ 737, 738, 794 Abs. 2. Die Zwangsvollstreckung in die fraglichen Gegenstände ist nur zulässig, wenn der Besteller zur Leistung und der Nießbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist. Auch dem Nießbraucher gegenüber muß also durch das Urteil festgestellt sein, daß die Forderung besteht und daß sie vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist. Das Urteil gegen den Nießbraucher wird dadurch ersetzt, daß dieser sich in einer vollstreckbaren Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in die seinem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände unterworfen hat. Ist der Besteller vor der Bestellung rechtskräftig zur Leistung verurteilt, so finden auf die Erteilung einer gegen den Nießbraucher vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils die Vorschriften der CPO. §§ 727, 730—732 entsprechende Anwendung (vgl. Bd. IV S. 195ff. Erl. 9 zu § 1411).

4. **Satz 2.** Ist der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen bestellt und der Nießbraucher daher Eigentümer der Sachen geworden, so tritt nach Satz 2 an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers gegen den Nießbraucher auf Ersatz des Wertes. Aus diesem Anspruche kann also der Gläubiger Befriedigung suchen. Dies würde ihm aber, da der Nießbraucher den Wert erst nach Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen verpflichtet ist, für sich allein nicht helfen. Deshalb war noch die weitere Bestimmung nötig, daß der Nießbraucher den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatze verpflichtet ist. Selbstverständlich handelt es sich auch hier nur um solche Gläubiger, deren Forderungen vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden sind (s. Erl. 2). In betreff der Art und Weise, in welcher in einem Falle dieser Art zu verfahren ist, waren die Ansichten in der zweiten Kommission geteilt. Von einer Seite wurde die Ansicht vertreten, daß der Gläubiger, ohne daß es der vorherigen Verurteilung des Bestellers bedürfe, direkt gegen den Nießbraucher vorgehen könne. Ein hierauf gerichteter Antrag wurde abgelehnt. Die Mehrheit ging davon aus, daß der Nießbraucher durch ein solches Verfahren wegen der ihm dem Besteller gegenüber obliegenden Ersatzpflicht gefährdet werden würde, es bedürfte auch hier einer Verurteilung des Bestellers zur Leistung und des Nießbrauchers zur Duldung der Zwangsvollstreckung. Erst dann sei die Pfändung und Überweisung des Ersatzanspruchs des Bestellers an den Gläubiger zulässig (P. II Bd. 3 S. 432f.). Der Wortlaut der CPO. § 737 paßt freilich direkt auf den hier fraglichen Fall nicht; er muß ergänzt werden durch die Vorschrift des § 1086 Satz 2, nach welchem in dem hier fraglichen Falle an die Stelle der zum Nießbrauche gegebenen Sachen der Anspruch auf Ersatz des Wertes tritt. Es dürfte indessen zulässig sein, daß der Gläubiger, wenn er die Verurteilung des Bestellers zur Leistung erwirkt hat, im Wege der Zwangsvollstreckung zunächst den Anspruch auf Ersatz pfänden und sich überweisen läßt und dann gleichzeitig mit der Geltendmachung dieses Anspruchs gegen den Nießbraucher dessen Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung beantragt. Selbstverständlich muß auch hier dem Nießbraucher gegenüber das Bestehen des Anspruchs und dessen Entstehung vor der Bestellung des Nießbrauchs festgestellt werden. Ihm gegenüber wirkt die Verurteilung des Bestellers nicht.

5. **War der Besteller von vornherein nicht Eigentümer der Sachen,** aus denen einer seiner Gläubiger Befriedigung sucht, oder ist er es nicht mehr (§ 1085), so kann dieser bezüglich der im Besitze des Nießbrauchers befindlichen beweglichen Sachen trotzdem nach den in den Erl. 2, 3 dargelegten Grundsätzen vorgehen. Bei Grundstücken müssen außerdem die besonderen

§. 1087. Der Besteller kann, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, von dem Nießbraucher Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen. Die Auswahl steht ihm zu; er kann jedoch nur die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen. Soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen, ist der Besteller dem Nießbraucher gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet.

Der Nießbraucher kann die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen. Gehört der geschuldete Gegenstand nicht zu dem Vermögen, das dem Nießbrauch unterliegt, so ist der Nießbraucher berechtigt, zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers einen zu dem Vermögen gehörenden Gegenstand zu veräußern, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann. Er hat einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auszuwählen. Soweit er zum Ersatze des Werthes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, darf er eine Veräußerung nicht vornehmen.

Voraussetzungen der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung vorliegen (ZVG. §§ 17, 147). Der Eigentümer ist in jedem Falle berechtigt, nach CPO. § 771 Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung zu erheben. Der Nießbraucher dürfte gegenüber dem ihn zur Duldung verpflichtenden Titel nicht berechtigt sein, die Rechte des Eigentümers geltend zu machen; er ist aber nach § 1042 Satz 2, wenn er den Eigentümer kennt, verpflichtet, diesem Anzeige von der Zwangsvollstreckung zu machen. Weiß der Nießbraucher nicht, daß der Besteller nicht Eigentümer ist, oder hat er seiner Verpflichtung zur Anzeige an den Eigentümer genügt, oder trifft ihn im Falle der Unterlassung dieser Anzeige kein Verschulden, so wird er, wenn die dem Nießbrauch unterliegende Sache im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird, von seiner Verpflichtung zur Rückgabe der Sache an den Eigentümer nach Beendigung des Nießbrauchs befreit. Diese Grundsätze finden entsprechende Anwendung, wenn ein Recht den Gegenstand des Nießbrauchs bildet, dem Besteller dieses Recht aber nicht zusteht. Handelt es sich um den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen und ist deshalb Gegenstand der Zwangsvollstreckung der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes, so wird der Nießbraucher, wenn er weiß, daß dem Besteller dieser Anspruch nicht zusteht, weil er ihn abgetreten hat, dem Gläubiger gegenüber geltend machen müssen, daß dem Besteller der gepfändete und überwiesene Anspruch nicht zustehe. Unterläßt er dies, so wird er durch die Leistung an den Gläubiger von seiner Verpflichtung zum Ersatze des Wertes an denjenigen, welchem der Anspruch abgetreten ist, nicht befreit, während die Befreiung eintritt, wenn er nicht wußte, daß der Besteller nicht der Berechtigte sei. Der Fall, daß der Besteller nicht Eigentümer der verbrauchbaren Sachen war, kommt hier nicht in Betracht, weil auch unter dieser Voraussetzung der Anspruch auf Ersatz des Wertes dem Besteller erworben wird (§ 1067).

§ 1087.

E. I § 1040; II § 996 rev. § 1071; III § 1070. P. I S. 4783 ff.; M. III S. 561 ff. P. II Bd. 3 S. 430 f., 433 f.; Bd. 4 S. 609 ff. D. S. 668.

Grundgedanke. Der § 1087 beruht auf der Auffassung, daß, wenn zu dem Vermögen an dem der Nießbrauch bestellt wird, Schulden gehören, die Liquidation der Schulden Sache des Bestellers sei, und bestimmt mit Rücksicht hierauf eine Verpflichtung des Nießbrauchers, die zur Berichtigung der Schulden erforderlichen Gegenstände dem Besteller zurückzugeben (Abs. 1). Ausnahmsweise soll aber der Nießbraucher berechtigt sein, die Schulden zu berichtigen und zu diesem Zwecke über die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände zu verfügen (Abs. 2).

1. Zurückbehaltungsrecht des Bestellers. Der E. I § 1040 ging davon aus, daß der auf Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen gerichtete obligatorische Vertrag nur die Verpflichtung begründe, den Nießbrauch an dem reinen Aktivvermögen, also nach Abzug der Schulden, zu bestellen. Er stellte deshalb an die Spitze den Satz, daß, wer zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen verpflichtet ist, so viel zurückbehalten könne, als zur Berichtigung der fälligen Schulden erforderlich sei. Daran schloß sich dann die weitere Vorschrift, daß, wenn die Zurückbehaltung unterblieben, der Nießbraucher zur Rückgabe verpflichtet sei. Diese Bestimmung wurde

nur als eine Erleichterung der schon nach allgemeinen Grundsätzen zulässigen condictio aufgefaßt. In der zweiten Kommission ging man davon aus, daß nicht auf den zugrunde liegenden obligatorischen Vertrag zurückgegangen zu werden brauche, daß vielmehr die Verpflichtung zur Rückgabe aus der besonderen Qualifikation des zum Zwecke der Bestellung des Nießbrauchs an *einem ganzen* Vermögen bestellten Nießbrauchs an den einzelnen Gegenständen folge (s. Erl. 4 zu § 1085). Aus dieser Verpflichtung zur Rückgabe ergebe sich dann von selbst das Recht des zur Bestellung des Nießbrauchs Verpflichteten, die zur Berichtigung der Schulden erforderlichen Gegenstände zurückzubehalten. Dies brauche deshalb nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden. Sachlich führt daher der § 1087 zu demselben Ergebnisse wie der E. I. Ein Unterschied besteht nur *insofern*, als der § 1087 auch dann Anwendung findet, wenn der Bestellung des Nießbrauchs ein obligatorischer Vertrag nicht vorausgegangen oder dieser Vertrag nichtig ist.

2. Abs. 1 Satz 1. Inhalt der Rückgabepflicht. Die Verpflichtung zur Rückgabe hat nicht nur die Bedeutung, daß der Nießbraucher die betreffenden Gegenstände tatsächlich an den Besteller zurückzugeben hat, sondern sie enthält auch die Verpflichtung, die Gegenstände von dem Nießbrauche zu befreien. Dies geschieht durch die Erklärung des Nießbrauchers nach Maßgabe der §§ 875, 1064, 1072. Handelt es sich um den Nießbrauch an einem Grundstücke, so ist der Nießbraucher auch zu der Bewilligung der Löschung im Grundbuche verpflichtet.

3. Abs. 1 Satz 1. Voraussetzung des Anspruchs auf Rückgabe ist, daß die Verbindlichkeit, zu deren Berichtigung die Rückgabe verlangt wird, eine Verbindlichkeit des Bestellers und als solche vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden sowie daß sie fällig ist. In diesen Beziehungen gilt das in den Erl. 1, 2 zu § 1086 Gesagte. War die Verbindlichkeit zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs noch nicht fällig, so kann die Rückgabe erst verlangt werden, wenn die Fälligkeit eingetreten, d. h. wenn der Gläubiger die Berichtigung zu verlangen berechtigt ist. Keine besondere Bestimmung enthält der § 1087 für den Fall, daß die Verbindlichkeit zweifelhaft oder bestritten ist. Der Besteller, welcher die Rückgabe fordert, hat das Bestehen der Verbindlichkeit zu beweisen.

4. Abs. 1 Satz 2. Die Auswahl der zurückzugebenden Gegenstände steht dem Besteller zu; er kann aber nur die vorzugsweise geeigneten wählen. Der Nießbraucher ist also berechtigt, die Rückgabe zu verweigern, wenn andere Gegenstände besser geeignet sind als die von dem Besteller gewählten. Welche Gegenstände als vorzugsweise geeignet anzusehen sind, bestimmt sich weder ausschließlich nach dem Interesse des Nießbrauchers noch nach dem des Bestellers. Die Entscheidung hängt vielmehr davon ab, welche Gegenstände bei einem Vermögen der hier fraglichen Art als zur Berichtigung einer Verbindlichkeit der in Frage stehenden Art vorzugsweise geeignet anzusehen sind. Bei einer Speziesschuld ist selbstverständlich der geschuldete Gegenstand zurückzugeben; bei einer Geldschuld werden regelmäßig fällige Geldforderungen vorzugsweise geeignet sein. Müssen zum Zwecke der Berichtigung der Verbindlichkeit Gegenstände veräußert werden, so wird regelmäßig auf die beweglichen Sachen vor den Grundstücken und unter den beweglichen Sachen auf die entbehrlicheren vor den weniger entbehrlichen zu greifen sein. Immer aber müssen die Umstände des einzelnen Falles berücksichtigt werden und hierbei werden auch die besonderen Interessen des Nießbrauchers und des Bestellers, sofern diese nicht im Widerstreite stehen, zu berücksichtigen sein. Ist der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen bestellt und der Nießbraucher daher Eigentümer geworden, so tritt an die Stelle der Sachen die Verpflichtung des Nießbrauchers zum Ersatze des Wertes. Die Verpflichtung zur Rückgabe verwandelt sich hier in eine Verpflichtung zur sofortigen Erstattung des Wertes. Diese Erstattung wird, wenn es sich um die Berichtigung einer Geldschuld handelt, immer als vorzugsweise geeignet anzusehen sein (vgl. Abs. 2 Satz 4).

5. Abs. 1 Satz 3. Mit der Rückgabe wird der Besteller dem Nießbraucher gegenüber verpflichtet, die Gläubiger, zu deren Befriedigung die Gegenstände zurückgegeben sind, so weit zu befriedigen, als die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen. Im E. I § 1040 Abs. 3 war bestimmt, daß der Besteller die betreffenden Gegenstände mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zur Berichtigung der Schulden zu verwenden verpflichtet sei. Hieraus wurde gefolgert, daß der Besteller nicht etwa berechtigt sei, die Gläubiger aus anderen Mitteln zu befriedigen und die zurückgegebenen Gegenstände gegen deren Taxwert zu behalten. Es kann zweifelhaft sein, ob die jetzige Fassung, nach welcher der Besteller nur verpflichtet ist, die Gläubiger zu befriedigen, „soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen", nicht zu einem anderen Ergebnisse führt und ob der Besteller seiner Verpflichtung nicht genügt, wenn er einen Betrag von solcher Höhe, wie durch Verwertung der zurückgegebenen Gegenstände hätte erzielt

werden können, zur Befriedigung der Gläubiger verwendet. Es erhellt indessen nicht, daß eine Änderung des E. I beabsichtigt ist, und da auch nach der jetzigen Fassung die Gläubiger befriedigt werden sollen, nicht soweit der Wert der zurückgegebenen Gegenstände reicht, sondern soweit diese selbst ausreichen, so wird der Besteller für verpflichtet zu erachten sein, die Befriedigung der Gläubiger durch Verwertung der betreffenden Gegenstände zu bewirken (ebenso Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 936). Um sie gegen Verwendung des Wertes zur Befriedigung der Gläubiger behalten zu dürfen, bedarf es der Zustimmung des Nießbrauchers.

Daß der Besteller bei der Verwertung der zurückgegebenen Gegenstände und der Verwendung des Erlöses zur Befriedigung der Gläubiger mit ordnungmäßiger Sorgfalt zu verfahren hat und, wenn ihm hierbei ein Verschulden zur Last fällt, dem Nießbraucher zum Schadensersatze verpflichtet ist, ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über Schuldverhältnisse. Sind die zurückgegebenen Gegenstände nicht sämtlich zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich, so sind die nicht erforderlichen dem Nießbraucher wieder zurückzugeben und ist an ihnen der Nießbrauch von neuem zu bestellen. Das gleiche gilt, wenn der durch die Verwertung der Gegenstände erzielte Erlös einen Überschuß liefert, von diesem Überschusse.

6. Abs. 2. In folgenden Fällen ist der Nießbraucher selbst die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände zur Berichtigung von Verbindlichkeiten zu verwenden berechtigt:

a) Er kann eine Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen (Satz 1). Vorausgesetzt wird hier also eine Verbindlichkeit zur Leistung eines Gegenstandes, der zu dem dem Nießbrauch unterliegenden Vermögen gehört (vgl. § 1376 Nr. 3). Der Nießbraucher ist in diesem Falle berechtigt, über den betreffenden Gegenstand zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeit zu verfügen, d. h. je nach dem Inhalte der Verbindlichkeit ihn zu veräußern oder zu belasten. Bestand die Verbindlichkeit nicht, so ist die Verfügung unwirksam, und der Nießbraucher ist, wenn ihn ein Verschulden trifft, zum Schadensersatze verpflichtet.

b) Gehört der geschuldete Gegenstand nicht zu dem dem Nießbrauch unterliegenden Vermögen, so ist der Nießbraucher berechtigt, einen anderen Gegenstand zu veräußern, um den Gläubiger aus dem Erlöse zu befriedigen, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann (Satz 2). Er wird regelmäßig zunächst den Besteller aufzufordern haben, den geeigneten Gegenstand zu veräußern und mit dem Erlöse den Gläubiger zu befriedigen. Kommt der Besteller dieser Aufforderung nicht nach, oder ist die Aufforderung untunlich oder verspricht sie doch nicht so raschen Erfolg, daß die Gefahr dadurch abgewendet wird, so kann der Nießbraucher selbst veräußern. Eine Gefahr liegt insbesondere dann vor, wenn die Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger droht. Sie dürfte aber auch dann anzunehmen sein, wenn durch die Verzögerung der Leistung die Verpflichtung zum Schadensersatz, insbesondere zur Zahlung von Verzugszinsen, begründet wird. Die Voraussetzung der Wirksamkeit der Veräußerung durch den Nießbraucher ist, daß sie wirklich zum Zwecke der Berichtigung einer Verbindlichkeit erfolgt, deren Berichtigung der Gläubiger aus dem fraglichen Vermögen verlangen kann, und daß eine Gefahr der eben gedachten Art vorliegt. Der Erwerber muß sich, um sicher zu gehen, über das Vorliegen dieser Voraussetzung vergewissern. Sein guter Glaube in betreff des Vorliegens hilft ihm nicht, denn die Vorschrift des § 932 bezieht sich auf einen Fall dieser Art nicht, und eine entsprechende Anwendung erscheint unzulässig (vgl. oben S. 230 Vorbm. 2).

Im Falle des Satz 2 soll der Nießbraucher für die Veräußerung die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen (Satz 3). Was hierunter zu verstehen ist, bestimmt sich nach den in der Erl. 4 dargelegten Grundsätzen. Der Nießbraucher darf ferner, soweit er zum Ersatze des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist und durch den zu ersetzenden Betrag die Verbindlichkeit berichtigt werden kann, eine Veräußerung nicht vornehmen (Satz 4), hat vielmehr zunächst jenen Betrag zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden. Die Verletzung der in den Sätzen 3, 4 bestimmten Verpflichtungen macht jedoch, wie sich aus der Fassung ergibt, nicht die Veräußerung unwirksam, sondern verpflichtet den Nießbraucher nur, falls ihm ein Verschulden zur Last fällt, dem Besteller gegenüber zum Schadensersatz.

7. **Für den Fall, daß Besteller und Eigentümer nicht dieselbe Person sind** (vgl. Erl. 4 zu § 1085) gilt folgendes:

a) In Betracht kommen auch hier nur die Schulden des Bestellers, nicht die des Eigentümers.

§. 1088. Die Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, können die Zinsen für die Dauer des Nießbrauchs auch von dem Nießbraucher verlangen. Das Gleiche gilt von anderen wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften

---

b) Bezüglich des Anspruchs des Bestellers auf Rückgabe nach Abs. 1 ist in den früheren Auflagen angenommen worden, daß dieser Anspruch zwar auch in dem vorausgesetzten Falle dem Besteller zum Zwecke der Befriedigung seiner Gläubiger zustehe, daß der Nießbraucher aber mit Rücksicht auf den daneben bestehenden Anspruch des Eigentümers auf Rückgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs dem Besteller die Rückgabe zu verweigern berechtigt und verpflichtet sei, wenn er wisse, daß der Besteller nicht Eigentümer sei. Das Verhältnis dürfte sich indessen einfacher und natürlicher in folgender Weise konstruieren lassen: Da der im Abs. 1 bestimmte Anspruch auf Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände geht und da die Rückgabe den Besteller verpflichtet, die Gegenstände zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden, so wird richtiger davon auszugehen sein, daß sich der fragliche Anspruch auf Gegenstände, die dem Besteller nicht gehören und die er daher auch nicht zur Befriedigung seiner Gläubiger verwenden kann, überhaupt nicht bezieht. Der Nießbraucher wird hiernach, wenn er weiß, daß der Besteller nicht der Eigentümer der vom Besteller verlangten Gegenstände ist, hierauf eine Einwendung gegen den Rückgabeanspruch des Bestellers stützen können und müssen, um sich nicht dem Eigentümer gegenüber nach § 990 haftbar zu machen. Weiß er dagegen bei der Rückgabe nicht, daß der Besteller nicht Eigentümer ist, so ist er dem Eigentümer gegenüber durch § 1058 geschützt.

c) Anlangend das im Abs. 2 Satz 2 bestimmte Veräußerungsrecht des Nießbrauchers, so ergibt sich schon aus der Voraussetzung des Rechtes („wenn die Befriedigung — des Gläubigers — durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann"), daß es sich inhaltlich ebenso wie der Rückgabeanspruch des Bestellers nach Abs. 1 auf Gegenstände, die dem Besteller nicht gehören, nicht erstreckt. Veräußert der Nießbraucher einen solchen Gegenstand, ohne zu wissen, daß er dem Besteller nicht gehört, so gilt nach § 1058 zu seinen Gunsten der Besteller als Eigentümer; die Veräußerung ist daher, als von einem dazu Berechtigten vorgenommen, wirksam. Weiß der Nießbraucher dagegen bei der Veräußerung, daß der Besteller nicht Eigentümer des Gegenstandes ist, so liegt eine Veräußerung durch einen Nichtberechtigten vor. Es kann sich dann nur fragen, ob der Erwerber geschützt wird, wenn er den Besteller gutgläubig für den Eigentümer hielt. Diese Frage ist in den früheren Auflagen bejaht, weil das Verhältnis so zu beurteilen sei, wie wenn der Nießbraucher die Veräußerung als Vertreter des Bestellers vorgenommen habe. Indessen dürfte es auf die Entscheidung jener Frage nicht ankommen. Denn die Wirksamkeit der Veräußerung wird in dem hier fraglichen Falle, ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Erwerbers bezüglich des Eigentums des Bestellers, dadurch ausgeschlossen, daß es an ihren objektiven Voraussetzungen fehlt, deren Mangel nach Erl. 6b durch den guten Glauben des Erwerbers nicht gedeckt wird, nämlich an der Voraussetzung, daß es sich um die Veräußerung eines Gegenstandes handelt, aus dem der Gläubiger des Bestellers Befriedigung verlangen kann, und daß die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann.

8. **Befriedigt der Nießbraucher einen Gläubiger des Bestellers aus eigenen Mitteln,** so kann er nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag vom Besteller Ersatz verlangen. Danach ist ein Ersatzanspruch insoweit ausgeschlossen, als durch die Aufwendung eigner Mittel dem Nießbraucher ein Gegenstand erhalten ist, aus dem der Gläubiger sonst ohne Rücksicht auf den Nießbrauch seine Befriedigung hätte suchen können und gesucht haben würde (s. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 937). Über das Befriedigungsrecht des Nießbrauchers gegenüber einem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger vgl. § 268.

§ 1088.

E. I § 1041; II § 997 rev. § 1072; III § 1071. M. I S. 4797 ff.; M. III S. 564 f. P. II Bd. 3 S. 434 f. D. S. 668.

Grundgedanke. Die Vorschrift des § 1088 beruht auf demselben Gedanken wie die des § 1047. Der Nießbraucher soll die Nutzungen des dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstandes nur insoweit haben, als sie bei ordnungsmäßiger Wirtschaft den Reinertrag des Gegenstandes

des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist.

Die Haftung des Nießbrauchers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Besteller ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Der Nießbraucher ist dem Besteller gegenüber zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche verpflichtet. Die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung kann der Besteller nur verlangen, wenn der Nießbraucher mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit in Verzug kommt.

---

bilden. Er hat deshalb nach § 1047 die dort bezeichneten auf der Sache ruhenden Lasten und Zinsen zu tragen, bei dem Nießbrauch an einem Vermögen aber nach § 1088 die auf dem Vermögen im ganzen ruhenden dort näher bezeichneten Lasten.

1. Abs. 1. Die von dem Nießbraucher zu tragenden Lasten des Vermögens sind:

a) die Zinsen von Schulden des Bestellers, sofern die Schuld zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bestand und verzinslich war. Über die Zeit der Bestellung s. Erl. 4 zu § 1085. Nicht erforderlich ist, daß die Schuld auf Zinsen aussteht (s. Erl. zu § 1076). Auch gesetzliche Zinsen und Verzugszinsen, zu deren Leistung der Besteller zur Zeit der Bestellung bereits verpflichtet war, hat der Nießbraucher zu tragen. Dasselbe dürfte, wenn die Verbindlichkeit eine bedingte oder eine betagte war und mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins als verzinsliche entstand, in betreff der von diesem Zeitpunkt an zu entrichtenden Zinsen gelten (vgl. Erl. 2 zu § 1086). Die Verpflichtung zur Tragung der gedachten Zinsen liegt dem Nießbraucher ob, ohne Rücksicht darauf, ob die Nutzungen des Vermögens den Betrag der Zinsen übersteigen oder hinter ihm zurückbleiben. Der Nießbraucher kann sich von dieser Verpflichtung nur dadurch befreien, daß er den Nießbrauch aufgibt;

b) andere wiederkehrende Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden. Entscheidend für die Frage, ob diese Voraussetzung vorliegt, ist zunächst die objektive Natur dieser Leistungen. Es gehören dahin die von dem Besteller zu entrichtenden Leibrenten, die auf Grund eines Altenteils zu entrichtenden Leistungen, die auf Grund einer Reallast zu bewirkenden Leistungen, sofern der Eigentümer des belasteten Grundstücks dafür persönlich haftet, die auf Grund einer vertragsmäßigen Verpflichtung zu zahlenden Unterhaltsbeiträge.

Nicht hierher gehört die gesetzliche Unterhaltspflicht des Bestellers mit Ausnahme der gesetzlichen Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde bis zu dessen vollendetem sechzehnten Lebensjahre. Es gilt in dieser Beziehung das in der Erl. 2 zu § 1086 gesagte. In dem § 1386 wird zwar bei der Bestimmung, daß der Mann die von der Frau geschuldeten wiederkehrenden Leistungen, welche bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, zu tragen habe, ausdrücklich hinzugefügt „einschließlich der von der Frau auf Grund ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht geschuldeten Leistungen". Bei der ehelichen Nutznießung liegt aber das Verhältnis anders wie in dem hier fraglichen Falle, weil es sich dort nicht bloß um diejenigen Forderungen gegen die Frau handelt, welche schon vor der Entstehung der ehelichen Nutznießung und Verwaltung begründet waren, sondern auch um die während des Bestehens der Nutznießung und Verwaltung entstehenden Forderungen, während hier nur die vor der Bestellung des Nießbrauchs entstandenen Forderungen der fraglichen Art in Betracht kommen. Zu diesen gehören aber nur die dem unehelichen Kinde gegen den unehelichen Vater zustehenden Unterhaltsansprüche.

Zu den wiederkehrenden Leistungen der im § 1088 bezeichneten Art dürften auch die auf Grund einer vor der Bestellung des Nießbrauchs genommenen Lebensversicherung oder Kapitalversicherung zu entrichtenden jährlichen Beiträge gehören. Ob der Nießbraucher, wenn der versicherte Betrag zur Auszahlung gelangt, die Bestellung des Nießbrauchs an ihm verlangen kann, bestimmt sich nach dem Inhalte des der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegenden obligatorischen Vertrags.

Zweifelhaft ist, ob bei den Leistungen der hier fraglichen Art ausschließlich ihre objektive Natur entscheidend ist, und der Nießbraucher daher die Leistungen dieser Art, ebenso wie die Zinsen, ohne Rücksicht darauf zu tragen hat, ob die Nutzungen zur Bestreitung dieser Leistungen hinreichen oder nicht. Die Frage dürfte zu verneinen sein. Der Satz 2

des Abs. 1 spricht von den wiederkehrenden Leistungen, welche bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens, nicht eines Vermögens bestritten werden. Zu berücksichtigen ist daher das dem Nießbrauch unterliegende Vermögen. Man kann aber nicht sagen, daß Leistungen der fraglichen Art, welche die Einkünfte dieses Vermögens übersteigen, dennoch bei ordnungsmäßiger Verwaltung von diesen Einkünften bestritten werden, denn dies ist unmöglich. Der Nießbraucher wird daher die fraglichen Leistungen insoweit nicht zu tragen haben, als diese die Einkünfte des Vermögens nach Abzug der dem Nießbraucher unbedingt zur Last fallenden Zinsen übersteigen. Dem Nießbraucher wird indessen, soweit die Leistungen ihrer objektiven Natur nach bei ordnungsmäßiger Verwaltung eines Vermögens aus dessen Einkünften zu bestreiten sind, der Beweis obliegen, daß und inwieweit dies bei dem dem Nießbrauch unterliegenden Vermögen nicht möglich ist.

Zu a) und b). **Nur persönliche Verbindlichkeiten des Bestellers kommen in Betracht,** nicht aber rein dingliche Belastungen, insbesondere also nicht die Zinsen einer Grundschuld oder einer Hypothek, die Renten bei einer Rentenschuld und die auf Grund einer Reallast zu entrichtenden Leistungen, sofern nicht der Besteller für sie persönlich haftet. In betreff aller Verbindlichkeiten dieser Art regelt sich das Rechtsverhältnis lediglich nach § 1047.

2. **Das Verhältnis der Zeit, für welche der Besteller und der Nießbraucher die im § 1088 bezeichneten Lasten zu tragen haben,** bestimmt sich nach § 103. Die Zinsen hat daher jeder nach Verhältnis der Dauer seiner Verpflichtung zu entrichten. Dasselbe gilt von den übrigen Leistungen, sofern sie regelmäßig wiederkehrende sind. Ist dies nicht der Fall, so entscheidet die Zeit, in welcher die Leistungen zu machen sind (vgl. Erl. 3 zu § 1047).

3. **Abs. 1, 2. Die Verpflichtung zur Tragung der im § 1088 bezeichneten Lasten liegt dem Nießbraucher,** abweichend vom § 1047 und von dem E. I § 1041, nicht nur gegenüber dem Besteller, sondern **auch gegenüber den Gläubigern ob.** Selbstverständlich bleibt diesen gegenüber auch der Besteller verpflichtet. Es tritt also ein Gesamtschuldverhältnis ein. Die Haftung des Nießbrauchers gegenüber den Gläubigern kann nach **Abs.** 2 durch Vertrag zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.

4. **Abs. 3.** Infolge der dem Nießbraucher nach **Satz** 1 dem Besteller gegenüber obliegenden Verpflichtung zur Tragung der im § 1088 bezeichneten Verbindlichkeit, modifiziert sich das Recht des Bestellers, die Rückgabe der zur Berichtigung dieser Verbindlichkeit erforderlichen Gegenstände zu verlangen. Das Recht fällt weg, wenn der Nießbraucher seine Verpflichtung erfüllt; es tritt aber wieder ein, wenn der Nießbraucher mit der Erfüllung seiner Verpflichtung in Verzug kommt (**Satz** 2). Der Verzug muß gegenüber dem Besteller eintreten. Der Verzug gegenüber den Gläubigern genügt nicht, wie sich aus der Stellung und Fassung des Abs. 3 Satz 2 ergibt. Regelmäßig ist also Mahnung des Bestellers an den Nießbraucher erforderlich (§ 284 Abs. 1). Ist aber für die Leistung gegenüber den Gläubigern eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so dürfte diese Bestimmung auch für die Verpflichtung des Nießbrauchers gegenüber dem Besteller maßgebend sein und der Verzug daher auch diesem gegenüber eintreten, wenn die Leistung zu der bestimmten Zeit nicht erfolgt (§ 281 Abs. 2). Sind von dem Nießbraucher dem Besteller zum Zwecke der Berichtigung von Verbindlichkeiten der hier fraglichen Art Gegenstände zurückgegeben oder von dem Besteller zurückbehalten, so fällt insoweit die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Berichtigung der Verbindlichkeiten gegenüber dem Besteller weg, nicht aber gegenüber den Gläubigern.

Zweifelhaft kann sein, wie sich das Verhältnis des Nießbrauchers zu den Gläubigern gestaltet, wenn der Nießbraucher gegenüber Forderungen, welche auf andere Leistungen als Zinsen gerichtet sind, den Einwand geltend macht, daß die Einkünfte des Vermögens zur Berichtigung von Verbindlichkeiten dieser Art nicht ausreichen (s. Nr. 1b). Reichen die Einkünfte zur Befriedigung keiner Verbindlichkeit dieser Art aus, so kann der Nießbraucher die Leistung verweigern. Reichen sie dazu aber nur zum Teil aus, so fragt es sich, ob der Nießbraucher jeden sich meldenden Gläubiger so lange zu befriedigen hat, als der Überschuß der Einkünfte nach Berichtigung der Zinsen ausreicht, die Befriedigung der sich später meldenden Gläubiger aber unter Bezugnahme auf die Erschöpfung der Einkünfte verweigern kann, oder ob er alle Forderungen der fraglichen Art verhältnismäßig kürzen muß und jeden Gläubiger in diesem Verhältnisse zu befriedigen verpflichtet ist. Die letztere Auffassung dürfte, obwohl der Nießbraucher dabei in eine schwierige Lage geraten kann, der Natur des Verhältnisses am meisten entsprechen. Hat der Nießbraucher irrtümlich mehr gezahlt, als wozu er verpflichtet war, so kann er das zuviel Gezahlte als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.

§. 1089. Die Vorschriften der §§. 1085 bis 1088 finden auf den Nießbrauch an einer Erbschaft entsprechende Anwendung.

---

6. **Der Umstand, daß der Besteller nicht Eigentümer** einzelner Gegenstände ist, an denen der Nießbrauch bestellt ist, kommt bei der Vorschrift des § 1088 nicht in Betracht. Selbstverständlich ist vorauszusetzen, daß, wenn der Besteller schon bei der Bestellung nicht Eigentümer war, der Nießbrauch doch auf Grund des guten Glaubens des Nießbrauchers entstanden ist. Ist dies der Fall, so haftet der Nießbraucher auf Grund des qualifizierten Nießbrauchs nach Maßgabe des § 1088.

§ 1089.

E. I § 1043; II § 998 rev. § 1073; III § 1072. P. I S. 4776, 4799 f.; M. III S. 565. P. II Bd. 3 S. 436. D. S. 668.

1. **Anwendungsfälle.** Der praktisch wichtigste Fall, in welchem die Vorschrift des § 1089 über den Nießbrauch an einer Erbschaft Anwendung findet, ist der, daß der Nießbrauch an der Erbschaft von Todeswegen vermacht ist. Durch eine solche Verfügung wird der Erbe verpflichtet, den Nießbrauch an der Erbschaft zu bestellen. Die Bestellung erfolgt nach Maßgabe des **§ 1085** durch Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen zu der Erbschaft gehörenden Gegenständen. Denkbar ist übrigens auch, daß ein Erbe, ohne dazu durch Verfügung von Todes wegen verpflichtet zu sein, den Nießbrauch an der Erbschaft bestellen will. Auch in diesem Falle erfolgt die Bestellung nach § 1085.

2. **Die entsprechende Anwendung der §§ 1086—1088 führt zu folgenden Ergebnissen:**

a) Nach Maßgabe des **§ 1086** können ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen nicht alle Gläubiger des Bestellers, sondern nur die Nachlaßgläubiger verlangen, diese aber ohne Rücksicht darauf, zu welcher Zeit ihre Forderungen entstanden sind (§ 1967 Abs. 2). Ihnen steht das fragliche Recht auch dann zu, wenn der Nießbrauch nicht von dem wirklichen Erben, sondern von dem Erbschaftsbesitzer bestellt, aber auf Grund des guten Glaubens des Nießbrauchers trotz des mangelnden Rechtes des Bestellers entstanden ist. Es kommt nur darauf an, daß wirklich der Nießbrauch an der Erbschaft bestellt werden sollte. Hier ist also denkbar, daß die in Frage kommenden Gläubiger nicht Gläubiger des Bestellers sind. Daß die entsprechende Anwendung des § 1086 trotz des entgegenstehenden Wortlauts zu dieser Folgerung führt, ergibt sich aus der Natur des Nießbrauchs an einer Erbschaft. Der Nießbraucher kann daher auch den Nachlaßgläubigern nicht den Einwand entgegensetzen, daß der Besteller nicht der Erbe sei. Voraussetzung des Rechtes der Gläubiger ist nur, daß sie Nachlaßgläubiger sind und daß die Gegenstände zum Nachlasse gehören. Ist aber nach der Bestellung das Eigentum oder das sonst in Frage kommende Recht auf einen anderen übertragen, so gilt das in der Erl. 5 zu § 1086 Gesagte.

b) Das Recht, nach Maßgabe des **§ 1087 Abs. 1** die Rückgabe der dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände zu verlangen, steht dem Besteller nur wegen der Nachlaßverbindlichkeiten zu. Ist der Besteller nicht der Erbe, so kann der Nießbraucher die Rückgabe verweigern, und er muß von diesem Rechte, um sich gegen den Erben zu sichern, Gebrauch machen, wenn er weiß, daß der Besteller nicht der Erbe, also nicht derjenige ist, welchem der dem Nießbrauch unterliegende Gegenstand gehört. Auch dem Erben, der nicht Besteller ist, steht der Anspruch auf Rückgabe nicht zu. Er wird aber mit dem Erbschaftsanspruche von dem Besteller die Abtretung des diesem gegen den Nießbraucher zustehenden Anspruchs auf Rückgabe verlangen können, und in der Hand des Erben unterliegt der Anspruch selbstverständlich dem obigen Einwande nicht. Ist nach der Bestellung des Nießbrauchs das Eigentum oder das sonst in Frage kommende Recht auf einen anderen übertragen, so gilt das in der Erl. 7b zu § 1087 Gesagte.

Die Veräußerung der dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände nach Maßgabe des **§ 1087 Abs. 2** steht dem Nießbraucher nur zu, wenn die Verbindlichkeit, um deren Berichtigung es sich handelt, eine Nachlaßverbindlichkeit ist. Auch hier gilt ferner, wenn der Besteller nicht der Erbe oder nicht der Eigentümer ist, das in der Erl. 7c zu § 1087 Gesagte.

c) Die Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten hat der Nießbraucher unbedingt, die sonstigen im **§ 1088** bezeichneten Leistungen hat er dann zu entrichten, wenn sie bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Nachlasses bestritten werden (s. Erl. 1b zu § 1088). Die Verpflichtung hierzu liegt dem Nießbraucher gegenüber dem Nachlaßgläubigern

Dritter Titel.
Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

---

sowie gegenüber dem Besteller, nicht aber gegenüber dem Erben ob. Der Erbe wird aber mit dem Erbschaftsanspruche von dem Besteller die Abtretung des diesem gegen den Nießbraucher zustehenden Anspruchs verlangen können.

3. **Auf die Bestellung des Nießbrauchs an dem Bruchteil einer Erbschaft** finden, wenn der Besteller allein Erbe ist, dieselben Grundsätze Anwendung wie im Falle des Nießbrauchs an der ganzen Erbschaft. Anders aber liegt die Sache, wenn der Nachlaß mehreren Miterben zusteht und der Nießbrauch an einem Erbteile bestellt werden soll. Die Bestellung kann hier nicht nach § 1085 durch Bestellung des Nießbrauchs an den dem Besteller zustehenden Bruchteilen der einzelnen Nachlaßgegenstände erfolgen; denn über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen kann ein Miterbe nach § 2033 Abs. 2 nicht verfügen. Da der Miterbe aber über seinen Erbteil im ganzen verfügen kann, so kann er auch den Nießbrauch daran bestellen; die Bestellung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form (s. Bd. V Erl. zu § 2033). Die Rechtsstellung desjenigen, welchem der Nießbrauch an einem Erbteile bestellt ist, bestimmt sich einerseits nach den Vorschriften über den Nießbrauch an einem Rechte, andererseits nach den Vorschriften über die Erbengemeinschaft. Auf das Verhältnis des Nießbrauchers zu den übrigen Miterben finden die Vorschriften des § 1066 entsprechende Anwendung. Der Nießbraucher übt also die dem Miterben auf Grund der Erbengemeinschaft in Ansehung der Verwaltung und Benutzung zustehenden Rechte aus. Die Teilung der Erschaft kann nur von ihm und den Miterben gemeinschaftlich verlangt werden. Wird die Erbschaft geteilt, so ist dem Nießbraucher der Nießbrauch an den dem Miterben zufallenden Gegenständen zu bestellen (s. Erl. zu § 1066); auf diesen Nießbrauch finden dann die Vorschriften der §§ 1085—1088 nach Maßgabe der in Erl. 2 dargelegten Grundsätze entsprechende Anwendung.

Dritter Titel.

1. **Begriff der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.** Im Anschluß an das bisherige Recht, insbesondere an das gemeine Recht, welches neben den Grunddienstbarkeiten und dem Nießbrauche noch die sog. servitutes irregulares, den usus und die habitatio zuläßt, gestattet auch das BGB. die Belastung eines Grundstücks mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Nur Grundstücke und solche Rechte, auf welche die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, also das Erbbaurecht (§ 1017) und die im EG. Art. 63, 68, 196 bezeichneten Rechte, nicht bewegliche Sachen können in dieser Art belastet werden. Sind bewegliche Sachen Zubehör eines Grundstücks, so kann sich das Wohnungsrecht auch auf sie erstrecken (s. Erl. zu § 1093); für andere beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gilt dies nicht (a. A. Biermann, Erl. 1 zu § 1090). Die persönliche beschränkte Dienstbarkeit begründet das Recht, das Grundstück in bestimmten Beziehungen zu nutzen oder ein sonstiges Recht, welches den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (§ 1090). Der Inhalt ist also derselbe wie der einer Grunddienstbarkeit. Von dieser unterscheidet sich aber die beschränkte persönliche Dienstbarkeit dadurch, daß das Recht nicht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks, sondern einer bestimmten Person zusteht und daß der Zweck nicht darauf beschränkt ist, für die Benutzung eines anderen Grundstücks Vorteile zu bieten, sondern innerhalb der durch den Begriff der persönlichen beschränkten Dienstbarkeiten gegebenen Grenzen nach Belieben der Parteien von ihnen bestimmt werden kann und sich nur im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt (§§ 1019, 1091). Von dem Nießbrauch an einem Grundstück unterscheidet sich die persönliche beschränkte Dienstbarkeit dadurch, daß der Nießbrauch die gesamten Nutzungen des Grundstücks umfaßt und nur einzelne ausgeschlossen werden können, während die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur zu einzelnen bestimmten Nutzungen berechtigt. Umfassen die in dem Begründungsvertrage bezeichneten einzelnen Nutzungen alle wesentlichen Nutzungen, so ist es eine Frage der Auslegung, ob nicht in Wirklichkeit die Bestellung eines Nießbrauchs beabsichtigt ist.

2. Die persönliche beschränkte Dienstbarkeit ist ebenso wie der Nießbrauch **unvererblich und unübertragbar.** Abweichend von dem Nießbrauche kann auch die Ausübung der Dienstbarkeit regelmäßig einem anderen nicht überlassen werden. Die Zulässigkeit der Überlassung kann aber durch Vertrag bestimmt werden. Durch den Grundsatz der Unvererblichkeit wird die Möglichkeit

§. 1090. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder daß ihm eine sonstige Befugniß zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

Die Vorschriften der §§. 1020 bis 1024, 1026 bis 1029, 1061 finden entsprechende Anwendung.

---

nicht ausgeschlossen, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer bestimmten Person für den Fall zu bestellen, daß derjenige, welchem die Dienstbarkeit zunächst zustehen soll, oder ein Dritter stirbt, also z. B. eine solche Dienstbarkeit für den Fall des Todes des Vertragsschließenden zugunsten der Witwe desselben zu bestellen. Es handelt sich in solchen Fällen um eine bedingte oder befristete Bestellung.

3. Keine besonderen Vorschriften enthält das BGB. über die **Begründung und Aufhebung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.** Die allgemeinen Vorschriften über die Begründung und Aufhebung von Rechten an Grundstücken (§§ 873—878) finden Anwendung. Zur Begründung ist also Einigung der Parteien und Eintragung im Grundbuche (§ 873), zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung die einseitige Willenserklärung des Berechtigten nach Maßgabe des § 875 erforderlich. Selbstverständlich finden auch die übrigen allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken Anwendung.

4. **Anordnung des Stoffes.** Der § 1090 bestimmt den Begriff der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und schreibt die entsprechende Anwendung der in dem Paragraphen bezeichneten Vorschriften über Grunddienstbarkeiten und über Nießbrauch vor. In dem § 1091 wird der für den Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit maßgebende Grundsatz, in dem § 1092 die Unübertragbarkeit und die regelmäßige Unzulässigkeit durch Überlassung der Ausübung an einen anderen bestimmt. Der § 1093 endlich enthält besondere Vorschriften für den Fall, daß das Recht, ein Gebäude oder den Teil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigentümers zu benutzen, als beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt ist.

5. Von den **Vorbehalten des EG. zugunsten der Landesgesetzgebung** ist für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten von besonderer Bedeutung der Art. 115, nach welchem die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, welche die Belastung eines Grundstücks mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit untersagen oder beschränken, oder den Inhalt und das Maß solcher Dienstbarkeiten bestimmen. In Betracht kommen außerdem die Art. 113, 133. Von den Übergangsvorschriften des EG. beziehen sich auf beschränkte persönliche Dienstbarkeiten die Vorschrift des Art. 184, nach welcher die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Rechte an Grundstücken mit dem sich aus dem bisherigen Rechte ergebenden Inhalt und Range bestehen bleiben, und die Vorschriften über die Begründung und Aufhebung von Rechten an Grundstücken, bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch angelegt ist.

§ 1090.

E. I §§ 1044, 1048 f.; II § 999 rev. § 1074; III § 1073.
P. I S. 4359 ff., 4413 ff., 4807 ff., 4313 ff., 5197, 11743 ff.; M. III S. 566 ff. P. II Bd. 3 S. 436 ff.

1. Über den **Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit** im allgemeinen s. Vorbm. 1 S. 408 zu diesem Titel. Die Befugnisse, welche außer dem Rechte, das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden und daher nach § 1090 auch als beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden können, bestehen nach § 1018 darin, daß auf dem belasteten Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke gegenüber anderen Grundstücken ergibt. Es kann also z. B. durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer bestimmten Person das Recht des Eigentümers des belasteten Grundstücks ausgeschlossen werden, gewisse Anlagen auf dem Grundstücke zu machen, zu denen der Eigentümer an sich berechtigt ist, oder nach Maßgabe der Vorschriften über das Nachbarrecht (§§ 906 ff.) auf andere Grundstücke einzuwirken, insbesondere also die im § 906 bezeichneten Einwirkungen durch Zuführung von Gasen zc. vorzunehmen; ebenso kann die Befugnis des Eigentümers, Anlagen der im § 907 bezeichneten Art zu verbieten, ausgeschlossen werden u. dgl. m. (vgl. Erl. zu § 1018; Rspr. Bd. 5 S. 316; Bd. 8 S. 126; Bd. 10 S. 118;

RG. Bd. 24 S. A 241). Nach Rspr. Bd. 9 S. 307 kann das Recht zur Vornahme einer einmaligen Handlung nicht Gegenstand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein. Nach Rspr. Bd. 10 S. 413 kann in den Gebieten, in welchen landesgesetzlich Bestimmungen der im EG. Art. 68 bezeichneten Art bestehen, eine **zeitlich beschränkte** Kohlenabbaugerechtigkeit als beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden.

2. **Die Belastung erfolgt zugunsten einer bestimmten physischen oder juristischen Person.** Ist der Berechtigte eine juristische Person z. B. eine Gemeinde, so kann die Dienstbarkeit in der Art begründet werden, daß sie dem Interesse der Mitglieder der Gemeinde dient. Es kann also z. B. eine Dienstbarkeit zugunsten einer Gemeinde in der Art begründet werden, daß die Gemeindeglieder einen Weg, eine Wasserleitung, einen Park rc. benutzen können. Eine solche Dienstbarkeit dient zur Befriedigung des Bedürfnisses der Gemeinde, das Interesse ihrer Mitglieder wahrzunehmen. Nur die Gemeinde als solche ist dann berechtigtes Subjekt, nicht die einzelnen Gemeindeglieder. Nur die Gemeinde kann daher in solchem Falle klagen und das für oder gegen sie ergangene Urteil wirkt auch für und gegen die Gemeindeglieder. Der Zulässigkeit einer Dienstbarkeit dieser Art steht die Vorschrift des § 1091 nicht entgegen, da diese nur eine Auslegungsregel enthält, eine abweichende Vereinbarung also zulässig ist (P. II Bd. 3 S. 439f. Vgl. auch RG. Bd. 14 S. 214; Bd. 58 S. 131—133).

Für eine bestimmte Person und deren Erben kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht bestellt werden (Rspr. Bd. 10 S. 117).

3. **In betreff der entsprechenden Anwendung der im Abs. 2 angeführten Paragraphen** ist folgendes zu bemerken:

Der Berechtigte hat bei der Ausübung einer Dienstbarkeit das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen (s. Erl. zu § 1020 Satz 1). Begründet die Dienstbarkeit das Recht, eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke zu halten, so finden in betreff der Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Instandsetzung bzw. Unterhaltung der Anlage die Vorschriften der §§ 1020 Satz 2, 1021, 1022 Anwendung (s. Erl. zu §§ 1020 Satz 2, 1021, 1022). Beschränkt sich die jeweilige Ausübung der Dienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks, so kann der Eigentümer die Verlegung nach § 1023 (s. Erl. zu § 1023) verlangen. Trifft eine Dienstbarkeit mit einer anderen Dienstbarkeit oder mit einem sonstigen Nutzungsrecht an dem Grundstücke zusammen, so gelten für die Ausübung die Vorschriften des § 1024 (s. Erl. zu § 1024). Wird das belastete Grundstück geteilt, so werden, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt ist, die Teile, welche außerhalb dieses Bereichs liegen, von der Diestbarkeit frei (s. Erl. zu § 1026). Im Falle der Beeinträchtigung der Dienstbarkeit hat der Berechtigte die negatoria nach Maßgabe des § 1004 (s. Erl. zu § 1027). Im Falle der Beeinträchtigung der Dienstbarkeit durch eine Anlage auf dem belasteten Grundstück unterliegt der Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung der Anlage der Verjährung, auch wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, und mit der Vollendung der Verjährung erlischt die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr im Widerspruche steht (s. Erl. zu § 1028); der § 892 findet keine Anwendung. Die entsprechende Anwendung des § 1029 führt dahin, daß, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, und der als berechtigt Eingetragene in der Ausübung gestört wird, die Vorschriften über den Besitzschutz insoweit entsprechende Anwendung finden, als die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal ausgeübt worden ist. Eine Störung des als berechtigt Eingetragenen in der Ausübung der Dienstbarkeit liegt auch dann vor, wenn solche Personen, durch welche der als berechtigt Eingetragene befugterweise die Dienstbarkeit ausübt, in der Ausübung gestört werden (s. Erl. zu § 1029). Bei der für eine Gemeinde eingetragenen Dienstbarkeit genügt, wenn alle Gemeindeglieder zur Ausübung berechtigt sind (s. Erl. 2), die Ausübung durch eines derselben. Die Ansicht von **Endemann** (Bd. 2 S. 417 Anm. 8), daß die Heranziehung des § 1029 in dem § 1090 verfehlt sei, weil immer die Ausübung der Dienstbarkeit durch den eingetragenen Berechtigten erfordert werde, und hiernach nur die Geltendmachung des Rechtes in Frage komme, ist deshalb unrichtig, weil nicht die wirkliche Existenz der Dienstbarkeit, sondern nur deren Eintragung und die Ausübung im letzten Jahre erfordert wird. Die Dienstbarkeit erlischt mit dem Tode des Berechtigten und, wenn dieser eine juristische Person ist, mit dieser (s. Erl. zu § 1061). Über die Frage, ob das in einem Prozesse zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und demjenigen, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, ergangene rechtskräftige Urteil für den Fall, daß der Eingetragene nicht wirklich Eigentümer ist, gegen den wirklichen Eigentümer wirkt s. **Hellwig**, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 428ff.

§. 1087. Der Besteller kann, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, von dem Nießbraucher Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen. Die Auswahl steht ihm zu; er kann jedoch nur die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen. Soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen, ist der Besteller dem Nießbraucher gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet.

Der Nießbraucher kann die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen. Gehört der geschuldete Gegenstand nicht zu dem Vermögen, das dem Nießbrauch unterliegt, so ist der Nießbraucher berechtigt, zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers einen zu dem Vermögen gehörenden Gegenstand zu veräußern, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann. Er hat einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auszuwählen. Soweit er zum Ersatze des Werthes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, darf er eine Veräußerung nicht vornehmen.

Voraussetzungen der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung vorliegen (ZVG. §§ 17, 147). Der Eigentümer ist in jedem Falle berechtigt, nach CPO. § 771 Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung zu erheben. Der Nießbraucher dürfte gegenüber dem ihn zur Duldung verpflichtenden Titel nicht berechtigt sein, die Rechte des Eigentümers geltend zu machen; er ist aber nach § 1042 Satz 2, wenn er den Eigentümer kennt, verpflichtet, diesem Anzeige von der Zwangsvollstreckung zu machen. Weiß der Nießbraucher nicht, daß der Besteller nicht Eigentümer ist, oder hat er seiner Verpflichtung zur Anzeige an den Eigentümer genügt, oder trifft ihn im Falle der Unterlassung dieser Anzeige kein Verschulden, so wird er, wenn die dem Nießbrauch unterliegende Sache im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird, von seiner Verpflichtung zur Rückgabe der Sache an den Eigentümer nach Beendigung des Nießbrauchs befreit. Diese Grundsätze finden entsprechende Anwendung, wenn ein Recht den Gegenstand des Nießbrauchs bildet, dem Besteller dieses Recht aber nicht zusteht. Handelt es sich um den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen und ist deshalb Gegenstand der Zwangsvollstreckung der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes, so wird der Nießbraucher, wenn er weiß, daß dem Besteller dieser Anspruch nicht zusteht, weil er ihn abgetreten hat, dem Gläubiger gegenüber geltend machen müssen, daß dem Besteller der gepfändete und überwiesene Anspruch nicht zustehe. Unterläßt er dies, so wird er durch die Leistung an den Gläubiger von seiner Verpflichtung zum Ersatze des Wertes an denjenigen, welchem der Anspruch abgetreten ist, nicht befreit, während die Befreiung eintritt, wenn er nicht wußte, daß der Besteller nicht der Berechtigte sei. Der Fall, daß der Besteller nicht Eigentümer der verbrauchbaren Sachen war, kommt hier nicht in Betracht, weil auch unter dieser Voraussetzung der Anspruch auf Ersatz des Wertes dem Besteller erworben wird (§ 1067).

§ 1087.

E. I § 1040; II § 996 rev. § 1071; III § 1070. P. I S. 4783 ff.; M. III S. 561 ff. P. II Bd. 3 S. 430 f., 433 f.; Bd. 4 S. 609 ff. D. S. 668.

Grundgedanke. Der § 1087 beruht auf der Auffassung, daß, wenn zu dem Vermögen an dem der Nießbrauch bestellt wird, Schulden gehören, die Liquidation der Schulden Sache des Bestellers sei, und bestimmt mit Rücksicht hierauf eine Verpflichtung des Nießbrauchers, die zur Berichtigung der Schulden erforderlichen Gegenstände dem Besteller zurückzugeben (Abs. 1). Ausnahmsweise soll aber der Nießbraucher berechtigt sein, die Schulden zu berichtigen und zu diesem Zwecke über die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände zu verfügen (Abs. 2).

1. **Zurückbehaltungsrecht des Bestellers.** Der E. I § 1040 ging davon aus, daß der auf Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen gerichtete obligatorische Vertrag nur die Verpflichtung begründe, den Nießbrauch an dem reinen Aktivvermögen, also nach Abzug der Schulden, zu bestellen. Er stellte deshalb an die Spitze den Satz, daß, wer zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen verpflichtet ist, so viel zurückbehalten könne, als zur Berichtigung der fälligen Schulden erforderlich sei. Daran schloß sich dann die weitere Vorschrift, daß, wenn die Zurückbehaltung unterblieben, der Nießbraucher zur Rückgabe verpflichtet sei. Diese Bestimmung wurde

nur als eine Erleichterung der schon nach allgemeinen Grundsätzen zulässigen condictio aufgefaßt. In der zweiten Kommission ging man davon aus, daß nicht auf den zugrunde liegenden obligatorischen Vertrag zurückgegangen zu werden brauche, daß vielmehr die Verpflichtung zur Rückgabe aus der besonderen Qualifikation des zum Zwecke der Bestellung des Nießbrauchs an einem ganzen Vermögen bestellten Nießbrauchs an den einzelnen Gegenständen folge (s. Erl. 4 zu § 1085). Aus dieser Verpflichtung zur Rückgabe ergebe sich dann von selbst das Recht des zur Bestellung des Nießbrauchs Verpflichteten, die zur Berichtigung der Schulden erforderlichen Gegenstände zurückzubehalten. Dies brauche deshalb nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden. Sachlich führt daher der § 1087 zu demselben Ergebnisse wie der E. I. Ein Unterschied besteht nur insofern, als der § 1087 auch dann Anwendung findet, wenn der Bestellung des Nießbrauchs ein obligatorischer Vertrag nicht vorausgegangen oder dieser Vertrag nichtig ist.

2. Abs. 1 Satz 1. Inhalt der Rückgabepflicht. Die Verpflichtung zur Rückgabe hat nicht nur die Bedeutung, daß der Nießbraucher die betreffenden Gegenstände tatsächlich an den Besteller zurückzugeben hat, sondern sie enthält auch die Verpflichtung, die Gegenstände von dem Nießbrauche zu befreien. Dies geschieht durch die Erklärung des Nießbrauchers nach Maßgabe der §§ 875, 1064, 1072. Handelt es sich um den Nießbrauch an einem Grundstücke, so ist der Nießbraucher auch zu der Bewilligung der Löschung im Grundbuche verpflichtet.

3. Abs. 1 Satz 1. Voraussetzung des Anspruchs auf Rückgabe ist, daß die Verbindlichkeit, zu deren Berichtigung die Rückgabe verlangt wird, eine Verbindlichkeit des Bestellers und als solche vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden sowie daß sie fällig ist. In diesen Beziehungen gilt das in den Erl. 1, 2 zu § 1086 Gesagte. War die Verbindlichkeit zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs noch nicht fällig, so kann die Rückgabe erst verlangt werden, wenn die Fälligkeit eingetreten, d. h. wenn der Gläubiger die Berichtigung zu verlangen berechtigt ist. Keine besondere Bestimmung enthält der § 1087 für den Fall, daß die Verbindlichkeit zweifelhaft oder bestritten ist. Der Besteller, welcher die Rückgabe fordert, hat das Bestehen der Verbindlichkeit zu beweisen.

4. Abs. 1 Satz 2. Die Auswahl der zurückzugebenden Gegenstände steht dem Besteller zu; er kann aber nur die vorzugsweise geeigneten wählen. Der Nießbraucher ist also berechtigt, die Rückgabe zu verweigern, wenn andere Gegenstände besser geeignet sind als die von dem Besteller gewählten. Welche Gegenstände als vorzugsweise geeignet anzusehen sind, bestimmt sich weder ausschließlich nach dem Interesse des Nießbrauchers noch nach dem des Bestellers. Die Entscheidung hängt vielmehr davon ab, welche Gegenstände bei einem Vermögen der hier fraglichen Art als zur Berichtigung einer Verbindlichkeit der in Frage stehenden Art vorzugsweise geeignet anzusehen sind. Bei einer Speziesschuld ist selbstverständlich der geschuldete Gegenstand zurückzugeben; bei einer Geldschuld werden regelmäßig fällige Geldforderungen vorzugsweise geeignet sein. Müssen zum Zwecke der Berichtigung der Verbindlichkeit Gegenstände veräußert werden, so wird regelmäßig auf die beweglichen Sachen vor den Grundstücken und unter den beweglichen Sachen auf die entbehrlicheren vor den weniger entbehrlichen zu greifen sein. Immer aber müssen die Umstände des einzelnen Falles berücksichtigt werden und hierbei werden auch die besonderen Interessen des Nießbrauchers und des Bestellers, sofern diese nicht im Widerstreite stehen, zu berücksichtigen sein. Ist der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen bestellt und der Nießbraucher daher Eigentümer geworden, so tritt an die Stelle der Sachen die Verpflichtung des Nießbrauchers zum Ersatze des Wertes. Die Verpflichtung zur Rückgabe verwandelt sich hier in eine Verpflichtung zur sofortigen Erstattung des Wertes. Diese Erstattung wird, wenn es sich um die Berichtigung einer Geldschuld handelt, immer als vorzugsweise geeignet anzusehen sein (vgl. Abs. 2 Satz 4).

5. Abs. 1 Satz 3. Mit der Rückgabe wird der Besteller dem Nießbraucher gegenüber verpflichtet, die Gläubiger, zu deren Befriedigung die Gegenstände zurückgegeben sind, so weit zu befriedigen, als die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen. Im E. I § 1040 Abs. 3 war bestimmt, daß der Besteller die betreffenden Gegenstände mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zur Berichtigung der Schulden zu verwenden verpflichtet sei. Hieraus wurde gefolgert, daß der Besteller nicht etwa berechtigt sei, die Gläubiger aus anderen Mitteln zu befriedigen und die zurückgegebenen Gegenstände gegen deren Taxwert zu behalten. Es kann zweifelhaft sein, ob die jetzige Fassung, nach welcher der Besteller nur verpflichtet ist, die Gläubiger zu befriedigen, „soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen", nicht zu einem anderen Ergebnisse führt und ob der Besteller seiner Verpflichtung nicht genügt, wenn er einen Betrag von solcher Höhe, wie durch Verwertung der zurückgegebenen Gegenstände hätte erzielt

werden können, zur Befriedigung der Gläubiger verwendet. Es erhellt indessen nicht, daß eine Änderung des E. I beabsichtigt ist, und da auch nach der jetzigen Fassung die Gläubiger befriedigt werden sollen, nicht soweit der Wert der zurückgegebenen Gegenstände reicht, sondern soweit diese selbst ausreichen, so wird der Besteller für verpflichtet zu erachten sein, die Befriedigung der Gläubiger durch Verwertung der betreffenden Gegenstände zu bewirken (ebenso Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 936). Um sie gegen Verwendung des Wertes zur Befriedigung der Gläubiger behalten zu dürfen, bedarf es der Zustimmung des Nießbrauchers.

Daß der Besteller bei der Verwertung der zurückgegebenen Gegenstände und der Verwendung des Erlöses zur Befriedigung der Gläubiger mit ordnungmäßiger Sorgfalt zu verfahren hat und, wenn ihm hierbei ein Verschulden zur Last fällt, dem Nießbraucher zum Schadensersatze verpflichtet ist, ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über Schuldverhältnisse. Sind die zurückgegebenen Gegenstände nicht sämtlich zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich, so sind die nicht erforderlichen dem Nießbraucher wieder zurückzugeben und ist an ihnen der Nießbrauch von neuem zu bestellen. Das gleiche gilt, wenn der durch die Verwertung der Gegenstände erzielte Erlös einen Überschuß liefert, von diesem Überschusse.

6. Abs. 2. In folgenden Fällen ist der Nießbraucher selbst die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände zur Berichtigung von Verbindlichkeiten zu verwenden berechtigt:

a) Er kann eine Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen (Satz 1). Vorausgesetzt wird hier also eine Verbindlichkeit zur Leistung eines Gegenstandes, der zu dem dem Nießbrauch unterliegenden Vermögen gehört (vgl. § 1376 Nr. 3). Der Nießbraucher ist in diesem Falle berechtigt, über den betreffenden Gegenstand zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeit zu verfügen, d. h. je nach dem Inhalte der Verbindlichkeit ihn zu veräußern oder zu belasten. Bestand die Verbindlichkeit nicht, so ist die Verfügung unwirksam, und der Nießbraucher ist, wenn ihn ein Verschulden trifft, zum Schadensersatze verpflichtet.

b) Gehört der geschuldete Gegenstand nicht zu dem dem Nießbrauch unterliegenden Vermögen, so ist der Nießbraucher berechtigt, einen anderen Gegenstand zu veräußern, um den Gläubiger aus dem Erlöse zu befriedigen, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann (Satz 2). Er wird regelmäßig zunächst den Besteller aufzufordern haben, den geeigneten Gegenstand zu veräußern und mit dem Erlöse den Gläubiger zu befriedigen. Kommt der Besteller dieser Aufforderung nicht nach, oder ist die Aufforderung untunlich oder verspricht sie doch nicht so raschen Erfolg, daß die Gefahr dadurch abgewendet wird, so kann der Nießbraucher selbst veräußern. Eine Gefahr liegt insbesondere dann vor, wenn die Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger droht. Sie dürfte aber auch dann anzunehmen sein, wenn durch die Verzögerung der Leistung die Verpflichtung zum Schadensersatz, insbesondere zur Zahlung von Verzugszinsen, begründet wird. Die Voraussetzung der Wirksamkeit der Veräußerung durch den Nießbraucher ist, daß sie wirklich zum Zwecke der Berichtigung einer Verbindlichkeit erfolgt, deren Berichtigung der Gläubiger aus dem fraglichen Vermögen verlangen kann, und daß eine Gefahr der eben gedachten Art vorliegt. Der Erwerber muß sich, um sicher zu gehen, über das Vorliegen dieser Voraussetzung vergewissern. Sein guter Glaube in betreff des Vorliegens hilft ihm nicht, denn die Vorschrift des § 932 bezieht sich auf einen Fall dieser Art nicht, und eine entsprechende Anwendung erscheint unzulässig (vgl. oben S. 230 Vorbm. 2).

Im Falle des Satz 2 soll der Nießbraucher für die Veräußerung die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen (Satz 3). Was hierunter zu verstehen ist, bestimmt sich nach den in der Erl. 4 dargelegten Grundsätzen. Der Nießbraucher darf ferner, soweit er zum Ersatze des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist und durch den zu ersetzenden Betrag die Verbindlichkeit berichtigt werden kann, eine Veräußerung nicht vornehmen (Satz 4), hat vielmehr zunächst jenen Betrag zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden. Die Verletzung der in den Sätzen 3, 4 bestimmten Verpflichtungen macht jedoch, wie sich aus der Fassung ergibt, nicht die Veräußerung unwirksam, sondern verpflichtet den Nießbraucher nur, falls ihm ein Verschulden zur Last fällt, dem Besteller gegenüber zum Schadensersatz.

7. **Für den Fall, daß Besteller und Eigentümer nicht dieselbe Person sind** (vgl. Erl. 4 zu § 1085) gilt folgendes:

a) In Betracht kommen auch hier nur die Schulden des Bestellers, nicht die des Eigentümers.

§. 1088. Die Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, können die Zinsen für die Dauer des Nießbrauchs auch von dem Nießbraucher verlangen. Das Gleiche gilt von anderen wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften

---

b) Bezüglich des Anspruchs des Bestellers auf Rückgabe nach Abs. 1 ist in den früheren Auflagen angenommen worden, daß dieser Anspruch zwar auch in dem vorausgesetzten Falle dem Besteller zum Zwecke der Befriedigung seiner Gläubiger zustehe, daß der Nießbraucher aber mit Rücksicht auf den daneben bestehenden Anspruch des Eigentümers auf Rückgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs dem Besteller die Rückgabe zu verweigern berechtigt und verpflichtet sei, wenn er wisse, daß der Besteller nicht Eigentümer sei. Das Verhältnis dürfte sich indessen einfacher und natürlicher in folgender Weise konstruieren lassen: Da der im Abs. 1 bestimmte Anspruch auf Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände geht und da die Rückgabe den Besteller verpflichtet, die Gegenstände zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden, so wird richtiger davon auszugehen sein, daß sich der fragliche Anspruch auf Gegenstände, die dem Besteller nicht gehören und die er daher auch nicht zur Befriedigung seiner Gläubiger verwenden kann, überhaupt nicht bezieht. Der Nießbraucher wird hiernach, wenn er weiß, daß der Besteller nicht der Eigentümer der vom Besteller verlangten Gegenstände ist, hierauf eine Einwendung gegen den Rückgabeanspruch des Bestellers stützen können und müssen, um sich nicht dem Eigentümer gegenüber nach § 990 haftbar zu machen. Weiß er dagegen bei der Rückgabe nicht, daß der Besteller nicht Eigentümer ist, so ist er dem Eigentümer gegenüber durch § 1058 geschützt.

c) Anlangend das im Abs. 2 Satz 2 bestimmte Veräußerungsrecht des Nießbrauchers, so ergibt sich schon aus der Voraussetzung des Rechtes („wenn die Befriedigung — des Gläubigers — durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann"), daß es sich inhaltlich ebenso wie der Rückgabeanspruch des Bestellers nach Abs. 1 auf Gegenstände, die dem Besteller nicht gehören, nicht erstreckt. Veräußert der Nießbraucher einen solchen Gegenstand, ohne zu wissen, daß er dem Besteller nicht gehört, so gilt nach § 1058 zu seinen Gunsten der Besteller als Eigentümer; die Veräußerung ist daher, als von einem dazu Berechtigten vorgenommen, wirksam. Weiß der Nießbraucher dagegen bei der Veräußerung, daß der Besteller nicht Eigentümer des Gegenstandes ist, so liegt eine Veräußerung durch einen Nichtberechtigten vor. Es kann sich dann nur fragen, ob der Erwerber geschützt wird, wenn er den Besteller gutgläubig für den Eigentümer hielt. Diese Frage ist in den früheren Auflagen bejaht, weil das Verhältnis so zu beurteilen sei, wie wenn der Nießbraucher die Veräußerung als Vertreter des Bestellers vorgenommen habe. Indessen dürfte es auf die Entscheidung jener Frage nicht ankommen. Denn die Wirksamkeit der Veräußerung wird in dem hier fraglichen Falle, ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Erwerbers bezüglich des Eigentums des Bestellers, dadurch ausgeschlossen, daß es an ihren objektiven Voraussetzungen fehlt, deren Mangel nach Erl. 6b durch den guten Glauben des Erwerbers nicht gedeckt wird, nämlich an der Voraussetzung, daß es sich um die Veräußerung eines Gegenstandes handelt, aus dem der Gläubiger des Bestellers Befriedigung verlangen kann, und daß die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann.

8. **Befriedigt der Nießbraucher einen Gläubiger des Bestellers aus eigenen Mitteln,** so kann er nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag vom Besteller Ersatz verlangen. Danach ist ein Ersatzanspruch insoweit ausgeschlossen, als durch die Aufwendung eigner Mittel dem Nießbraucher ein Gegenstand erhalten ist, aus dem der Gläubiger sonst ohne Rücksicht auf den Nießbrauch seine Befriedigung hätte suchen können und gesucht haben würde (s. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 937). Über das Befriedigungsrecht des Nießbrauchers gegenüber einem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger vgl. § 268.

§ 1088.

E. I § 1041; II § 997 rev. § 1072; III § 1071. P. I S. 4797 ff.; M. III S. 564 f. P. II Bd. 3 S. 434 f. D. S. 668.

Grundgedanke. Die Vorschrift des § 1088 beruht auf demselben Gedanken wie die des § 1047. Der Nießbraucher soll die Nutzungen des dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstandes nur insoweit haben, als sie bei ordnungsmäßiger Wirtschaft den Reinertrag des Gegenstandes

des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist.

Die Haftung des Nießbrauchers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Besteller ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Der Nießbraucher ist dem Besteller gegenüber zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche verpflichtet. Die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung kann der Besteller nur verlangen, wenn der Nießbraucher mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit in Verzug kommt.

---

bilden. Er hat deshalb nach § 1047 die dort bezeichneten auf der Sache ruhenden Lasten und Zinsen zu tragen, bei dem Nießbrauch an einem Vermögen aber nach § 1088 die auf dem Vermögen im ganzen ruhenden dort näher bezeichneten Lasten.

1. **Abs. 1. Die von dem Nießbraucher zu tragenden Lasten des Vermögens sind:**

a) die Zinsen von Schulden des Bestellers, sofern die Schuld zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bestand und verzinslich war. Über die Zeit der Bestellung s. Erl. 4 zu § 1085. Nicht erforderlich ist, daß die Schuld auf Zinsen aussteht (s. Erl. zu § 1076). Auch gesetzliche Zinsen und Verzugszinsen, zu deren Leistung der Besteller zur Zeit der Bestellung bereits verpflichtet war, hat der Nießbraucher zu tragen. Dasselbe dürfte, wenn die Verbindlichkeit eine bedingte oder eine betagte war und mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins als verzinsliche entstand, in betreff der von diesem Zeitpunkt an zu entrichtenden Zinsen gelten (vgl. Erl. 2 zu § 1086). Die Verpflichtung zur Tragung der gedachten Zinsen liegt dem Nießbraucher ob, ohne Rücksicht darauf, ob die Nutzungen des Vermögens den Betrag der Zinsen übersteigen oder hinter ihm zurückbleiben. Der Nießbraucher kann sich von dieser Verpflichtung nur dadurch befreien, daß er den Nießbrauch aufgibt;

b) andere wiederkehrende Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden. Entscheidend für die Frage, ob diese Voraussetzung vorliegt, ist zunächst die objektive Natur dieser Leistungen. Es gehören dahin die von dem Besteller zu entrichtenden Leibrenten, die auf Grund eines Altenteils zu entrichtenden Leistungen, die auf Grund einer Reallast zu bewirkenden Leistungen, sofern der Eigentümer des belasteten Grundstücks dafür persönlich haftet, die auf Grund einer vertragsmäßigen Verpflichtung zu zahlenden Unterhaltsbeiträge.

Nicht hierher gehört die gesetzliche Unterhaltspflicht des Bestellers mit Ausnahme der gesetzlichen Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde bis zu dessen vollendetem sechzehnten Lebensjahre. Es gilt in dieser Beziehung das in der Erl. 2 zu § 1086 gesagte. In dem § 1386 wird zwar bei der Bestimmung, daß der Mann die von der Frau geschuldeten wiederkehrenden Leistungen, welche bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, zu tragen habe, ausdrücklich hinzugefügt „einschließlich der von der Frau auf Grund ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht geschuldeten Leistungen". Bei der ehelichen Nutznießung liegt aber das Verhältnis anders wie in dem hier fraglichen Falle, weil es sich dort nicht bloß um diejenigen Forderungen gegen die Frau handelt, welche schon vor der Entstehung der ehelichen Nutznießung und Verwaltung begründet waren, sondern auch um die während des Bestehens der Nutznießung und Verwaltung entstehenden Forderungen, während hier nur die vor der Bestellung des Nießbrauchs entstandenen Forderungen der fraglichen Art in Betracht kommen. Zu diesen gehören aber nur die dem unehelichen Kinde gegen den unehelichen Vater zustehenden Unterhaltsansprüche.

Zu den wiederkehrenden Leistungen der im § 1088 bezeichneten Art dürften auch die auf Grund einer vor der Bestellung des Nießbrauchs genommenen Lebensversicherung oder Kapitalversicherung zu entrichtenden jährlichen Beiträge gehören. Ob der Nießbraucher, wenn der versicherte Betrag zur Auszahlung gelangt, die Bestellung des Nießbrauchs an ihm verlangen kann, bestimmt sich nach dem Inhalte des der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegenden obligatorischen Vertrags.

Zweifelhaft ist, ob bei den Leistungen der hier fraglichen Art ausschließlich ihre objektive Natur entscheidend ist, und der Nießbraucher daher die Leistungen dieser Art, ebenso wie die Zinsen, ohne Rücksicht darauf zu tragen hat, ob die Nutzungen zur Bestreitung dieser Leistungen hinreichen oder nicht. Die Frage dürfte zu verneinen sein. Der Satz 2

des Abs. 1 spricht von den wiederkehrenden Leistungen, welche bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens, nicht eines Vermögens bestritten werden. Zu berücksichtigen ist daher das dem Nießbrauch unterliegende Vermögen. Man kann aber nicht sagen, daß Leistungen der fraglichen Art, welche die Einkünfte dieses Vermögens übersteigen, dennoch bei ordnungsmäßiger Verwaltung von diesen Einkünften bestritten werden, denn dies ist unmöglich. Der Nießbraucher wird daher die fraglichen Leistungen insoweit nicht zu tragen haben, als diese die Einkünfte des Vermögens nach Abzug der dem Nießbraucher unbedingt zur Last fallenden Zinsen übersteigen. Dem Nießbraucher wird indessen, soweit die Leistungen ihrer objektiven Natur nach bei ordnungsmäßiger Verwaltung eines Vermögens aus dessen Einkünften zu bestreiten sind, der Beweis obliegen, daß und inwieweit dies bei dem dem Nießbrauch unterliegenden Vermögen nicht möglich ist.

Zu a) und b). **Nur persönliche Verbindlichkeiten des Bestellers kommen in Betracht,** nicht aber rein dingliche Belastungen, insbesondere also nicht die Zinsen einer Grundschuld oder einer Hypothek, die Renten bei einer Rentenschuld und die auf Grund einer Reallast zu entrichtenden Leistungen, sofern nicht der Besteller für sie persönlich haftet. In betreff aller Verbindlichkeiten dieser Art regelt sich das Rechtsverhältnis lediglich nach § 1047.

2. **Das Verhältnis der Zeit, für welche der Besteller und der Nießbraucher die im § 1088 bezeichneten Lasten zu tragen haben,** bestimmt sich nach § 103. Die Zinsen hat daher jeder nach Verhältnis der Dauer seiner Verpflichtung zu entrichten. Dasselbe gilt von den übrigen Leistungen, sofern sie regelmäßig wiederkehrende sind. Ist dies nicht der Fall, so entscheidet die Zeit, in welcher die Leistungen zu machen sind (vgl. Erl. 3 zu § 1047).

3. **Abs. 1, 2. Die Verpflichtung zur Tragung der im § 1088 bezeichneten Lasten liegt dem Nießbraucher,** abweichend vom § 1047 und von dem E. I § 1041, nicht nur gegenüber dem Besteller, sondern **auch gegenüber den Gläubigern ob.** Selbstverständlich bleibt diesen gegenüber auch der Besteller verpflichtet. Es tritt also ein Gesamtschuldverhältnis ein. Die Haftung des Nießbrauchers gegenüber den Gläubigern kann nach **Abs.** 2 durch Vertrag zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.

4. **Abs. 3.** Infolge der dem Nießbraucher nach **Satz** 1 dem Besteller gegenüber obliegenden Verpflichtung zur Tragung der im § 1088 bezeichneten Verbindlichkeit, modifiziert sich das Recht des Bestellers, die Rückgabe der zur Berichtigung dieser Verbindlichkeit erforderlichen Gegenstände zu verlangen. Das Recht fällt weg, wenn der Nießbraucher seine Verpflichtung erfüllt; es tritt aber wieder ein, wenn der Nießbraucher mit der Erfüllung seiner Verpflichtung in Verzug kommt (**Satz 2**). Der Verzug muß gegenüber dem Besteller eintreten. Der Verzug gegenüber den Gläubigern genügt nicht, wie sich aus der Stellung und Fassung des Abs. 3 Satz 2 ergibt. Regelmäßig ist also Mahnung des Bestellers an den Nießbraucher erforderlich (§ 284 Abs. 1). Ist aber für die Leistung gegenüber den Gläubigern eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so dürfte diese Bestimmung auch für die Verpflichtung des Nießbrauchers gegenüber dem Besteller maßgebend sein und der Verzug daher auch diesem gegenüber eintreten, wenn die Leistung zu der bestimmten Zeit nicht erfolgt (§ 281 Abs. 2). Sind von dem Nießbraucher dem Besteller zum Zwecke der Berichtigung von Verbindlichkeiten der hier fraglichen Art Gegenstände zurückgegeben oder von dem Besteller zurückbehalten, so fällt insoweit die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Berichtigung der Verbindlichkeiten gegenüber dem Besteller weg, nicht aber gegenüber den Gläubigern.

Zweifelhaft kann sein, wie sich das Verhältnis des Nießbrauchers zu den Gläubigern gestaltet, wenn der Nießbraucher gegenüber Forderungen, welche auf andere Leistungen als Zinsen gerichtet sind, den Einwand geltend macht, daß die Einkünfte des Vermögens zur Berichtigung von Verbindlichkeiten dieser Art nicht ausreichen (s. Nr. 1b). Reichen die Einkünfte zur Befriedigung keiner Verbindlichkeit dieser Art aus, so kann der Nießbraucher die Leistung verweigern. Reichen sie dazu aber nur zum Teil aus, so fragt es sich, ob der Nießbraucher jeden sich meldenden Gläubiger so lange zu befriedigen hat, als der Überschuß der Einkünfte nach Berichtigung der Zinsen ausreicht, die Befriedigung der sich später meldenden Gläubiger aber unter Bezugnahme auf die Erschöpfung der Einkünfte verweigern kann, oder ob er alle Forderungen der fraglichen Art verhältnismäßig kürzen muß und jeden Gläubiger in diesem Verhältnisse zu befriedigen verpflichtet ist. Die letztere Auffassung dürfte, obwohl der Nießbraucher dabei in eine schwierige Lage geraten kann, der Natur des Verhältnisses am meisten entsprechen. Hat der Nießbraucher irrtümlich mehr gezahlt, als wozu er verpflichtet war, so kann er das zuviel Gezahlte als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.

§. 1089. Die Vorschriften der §§. 1085 bis 1088 finden auf den Nießbrauch an einer Erbschaft entsprechende Anwendung.

---

6. **Der Umstand, daß der Besteller nicht Eigentümer** einzelner Gegenstände **ist**, an denen der Nießbrauch bestellt ist, kommt bei der Vorschrift des § 1088 nicht in Betracht. Selbstverständlich ist vorauszusetzen, daß, wenn der Besteller schon bei der Bestellung nicht Eigentümer war, der Nießbrauch doch auf Grund des guten Glaubens des Nießbrauchers entstanden ist. Ist dies der Fall, so haftet der Nießbraucher auf Grund des qualifizierten Nießbrauchs nach Maßgabe des § 1088.

§ 1089.

E. I § 1043; II § 998 rev. § 1073; III § 1072. M. I S. 4776, 4799 f.; M. III S. 565. P. II Bd. 3 S. 436. D. S. 668.

1. **Anwendungsfälle.** Der praktisch wichtigste Fall, in welchem die Vorschrift des § 1089 über den Nießbrauch an einer Erbschaft Anwendung findet, ist der, daß der Nießbrauch an der Erbschaft von Todeswegen vermacht ist. Durch eine solche Verfügung wird der Erbe verpflichtet, den Nießbrauch an der Erbschaft zu bestellen. Die Bestellung erfolgt nach Maßgabe des **§ 1085** durch Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen zu der Erbschaft gehörenden Gegenständen. Denkbar ist übrigens auch, daß ein Erbe, ohne dazu durch Verfügung von Todes wegen verpflichtet zu sein, den Nießbrauch an der Erbschaft bestellen will. Auch in diesem Falle erfolgt die Bestellung nach § 1085.

2. **Die entsprechende Anwendung der §§ 1086—1088 führt zu folgenden Ergebnissen:**

a) Nach Maßgabe des **§ 1086** können ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen nicht alle Gläubiger des Bestellers, sondern nur die Nachlaßgläubiger verlangen, diese aber ohne Rücksicht darauf, zu welcher Zeit ihre Forderungen entstanden sind (§ 1967 Abs. 2). Ihnen steht das fragliche Recht auch dann zu, wenn der Nießbrauch nicht von dem wirklichen Erben, sondern von dem Erbschaftsbesitzer bestellt, aber auf Grund des guten Glaubens des Nießbrauchers trotz des mangelnden Rechtes des Bestellers entstanden ist. Es kommt nur darauf an, daß wirklich der Nießbrauch an der Erbschaft bestellt werden sollte. Hier ist also denkbar, daß die in Frage kommenden Gläubiger nicht Gläubiger des Bestellers sind. Daß die entsprechende Anwendung des § 1086 trotz des entgegenstehenden Wortlauts zu dieser Folgerung führt, ergibt sich aus der Natur des Nießbrauchs an einer Erbschaft. Der Nießbraucher kann daher auch den Nachlaßgläubigern nicht den Einwand entgegensetzen, daß der Besteller nicht der Erbe sei. Voraussetzung des Rechtes der Gläubiger ist nur, daß sie Nachlaßgläubiger sind und daß die Gegenstände zum Nachlasse gehören. Ist aber nach der Bestellung das Eigentum oder das sonst in Frage kommende Recht auf einen anderen übertragen, so gilt das in der Erl. 5 zu § 1086 Gesagte.

b) Das Recht, nach Maßgabe des **§ 1087 Abs. 1** die Rückgabe der dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände zu verlangen, steht dem Besteller nur wegen der Nachlaßverbindlichkeiten zu. Ist der Besteller nicht der Erbe, so kann der Nießbraucher die Rückgabe verweigern, und er muß von diesem Rechte, um sich gegen den Erben zu sichern, Gebrauch machen, wenn er weiß, daß der Besteller nicht der Erbe, also nicht derjenige ist, welchem der dem Nießbrauch unterliegende Gegenstand gehört. Auch dem Erben, der nicht Besteller ist, steht der Anspruch auf Rückgabe nicht zu. Er wird aber mit dem Erbschaftsanspruche von dem Besteller die Abtretung des diesem gegen den Nießbraucher zustehenden Anspruchs auf Rückgabe verlangen können, und in der Hand des Erben unterliegt der Anspruch selbstverständlich dem obigen Einwande nicht. Ist nach der Bestellung des Nießbrauchs das Eigentum oder das sonst in Frage kommende Recht auf einen anderen übertragen, so gilt das in der Erl. 7b zu § 1087 Gesagte.

Die Veräußerung der dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände nach Maßgabe des **§ 1087 Abs. 2** steht dem Nießbraucher nur zu, wenn die Verbindlichkeit, um deren Berichtigung es sich handelt, eine Nachlaßverbindlichkeit ist. Auch hier gilt ferner, wenn der Besteller nicht der Erbe oder nicht der Eigentümer ist, das in der Erl. 7c zu § 1087 Gesagte.

c) Die Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten hat der Nießbraucher unbedingt, die sonstigen im **§ 1088** bezeichneten Leistungen hat er dann zu entrichten, wenn sie bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Nachlasses bestritten werden (s. Erl. 1b zu § 1088). Die Verpflichtung hierzu liegt dem Nießbraucher gegenüber dem Nachlaßgläubigern

Dritter Titel.
Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

sowie gegenüber dem Besteller, nicht aber gegenüber dem Erben ob. Der Erbe wird aber mit dem Erbschaftsanspruche von dem Besteller die Abtretung des diesem gegen den Nießbraucher zustehenden Anspruchs verlangen können.

3. Auf die Bestellung des Nießbrauchs an dem Bruchteil einer Erbschaft finden, wenn der Besteller allein Erbe ist, dieselben Grundsätze Anwendung wie im Falle des Nießbrauchs an der ganzen Erbschaft. Anders aber liegt die Sache, wenn der Nachlaß mehreren Miterben zusteht und der Nießbrauch an einem Erbteile bestellt werden soll. Die Bestellung kann hier nicht nach § 1085 durch Bestellung des Nießbrauchs an den dem Besteller zustehenden Bruchteilen der einzelnen Nachlaßgegenstände erfolgen; denn über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen kann ein Miterbe nach § 2033 Abs. 2 nicht verfügen. Da der Miterbe aber über seinen Erbteil im ganzen verfügen kann, so kann er auch den Nießbrauch daran bestellen; die Bestellung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form (s. Bd. V Erl. zu § 2033). Die Rechtsstellung desjenigen, welchem der Nießbrauch an einem Erbteile bestellt ist, bestimmt sich einerseits nach den Vorschriften über den Nießbrauch an einem Rechte, andererseits nach den Vorschriften über die Erbengemeinschaft. Auf das Verhältnis des Nießbrauchers zu den übrigen Miterben finden die Vorschriften des § 1066 entsprechende Anwendung. Der Nießbraucher übt also die dem Miterben auf Grund der Erbengemeinschaft in Ansehung der Verwaltung und Benutzung zustehenden Rechte aus. Die Teilung der Erschaft kann nur von ihm und den Miterben gemeinschaftlich verlangt werden. Wird die Erbschaft geteilt, so ist dem Nießbraucher der Nießbrauch an den dem Miterben zufallenden Gegenständen zu bestellen (s. Erl. zu § 1066); auf diesen Nießbrauch finden dann die Vorschriften der §§ 1085—1088 nach Maßgabe der in Erl. 2 dargelegten Grundsätze entsprechende Anwendung.

Dritter Titel.

1. Begriff der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Im Anschluß an das bisherige Recht, insbesondere an das gemeine Recht, welches neben den Grunddienstbarkeiten und dem Nießbrauche noch die sog. servitutes irregulares, den usus und die habitatio zuläßt, gestattet auch das BGB. die Belastung eines Grundstücks mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Nur Grundstücke und solche Rechte, auf welche die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, also das Erbbaurecht (§ 1017) und die im EG. Art. 63, 68, 196 bezeichneten Rechte, nicht bewegliche Sachen können in dieser Art belastet werden. Sind bewegliche Sachen Zubehör eines Grundstücks, so kann sich das Wohnungsrecht auch auf sie erstrecken (s. Erl. zu § 1093); für andere beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gilt dies nicht (a. A. Biermann, Erl. 1 zu § 1090). Die persönliche beschränkte Dienstbarkeit begründet das Recht, das Grundstück in bestimmten Beziehungen zu nutzen oder ein sonstiges Recht, welches den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (§ 1090). Der Inhalt ist also derselbe wie der einer Grunddienstbarkeit. Von dieser unterscheidet sich aber die beschränkte persönliche Dienstbarkeit dadurch, daß das Recht nicht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks, sondern einer bestimmten Person zusteht und daß der Zweck nicht darauf beschränkt ist, für die Benutzung eines anderen Grundstücks Vorteile zu bieten, sondern innerhalb der durch den Begriff der persönlichen beschränkten Dienstbarkeiten gegebenen Grenzen nach Belieben der Parteien von ihnen bestimmt werden kann und sich nur im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt (§§ 1019, 1091). Von dem Nießbrauch an einem Grundstück unterscheidet sich die persönliche beschränkte Dienstbarkeit dadurch, daß der Nießbrauch die gesamten Nutzungen des Grundstücks umfaßt und nur einzelne ausgeschlossen werden können, während die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur zu einzelnen bestimmten Nutzungen berechtigt. Umfassen die in dem Begründungsvertrage bezeichneten einzelnen Nutzungen alle wesentlichen Nutzungen, so ist es eine Frage der Auslegung, ob nicht in Wirklichkeit die Bestellung eines Nießbrauchs beabsichtigt ist.

2. Die persönliche beschränkte Dienstbarkeit ist ebenso wie der Nießbrauch unvererblich und unübertragbar. Abweichend von dem Nießbrauche kann auch die Ausübung der Dienstbarkeit regelmäßig einem anderen nicht überlassen werden. Die Zulässigkeit der Überlassung kann aber durch Vertrag bestimmt werden. Durch den Grundsatz der Unvererblichkeit wird die Möglichkeit

§. 1090. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder daß ihm eine sonstige Befugniß zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

Die Vorschriften der §§. 1020 bis 1024, 1026 bis 1029, 1061 finden entsprechende Anwendung.

---

nicht ausgeschlossen, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer bestimmten Person für den Fall zu bestellen, daß derjenige, welchem die Dienstbarkeit zunächst zustehen soll, oder ein Dritter stirbt, also z. B. eine solche Dienstbarkeit für den Fall des Todes des Vertragsschließenden zugunsten der Witwe desselben zu bestellen. Es handelt sich in solchen Fällen um eine bedingte oder befristete Bestellung.

3. Keine besonderen Vorschriften enthält das BGB. über die **Begründung und Aufhebung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.** Die allgemeinen Vorschriften über die Begründung und Aufhebung von Rechten an Grundstücken (§§ 873—878) finden Anwendung. Zur Begründung ist also Einigung der Parteien und Eintragung im Grundbuche (§ 873), zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung die einseitige Willenserklärung des Berechtigten nach Maßgabe des § 875 erforderlich. Selbstverständlich finden auch die übrigen allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken Anwendung.

4. **Anordnung des Stoffes.** Der § 1090 bestimmt den Begriff der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und schreibt die entsprechende Anwendung der in dem Paragraphen bezeichneten Vorschriften über Grunddienstbarkeiten und über Nießbrauch vor. In dem § 1091 wird der für den Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit maßgebende Grundsatz, in dem § 1092 die Unübertragbarkeit und die regelmäßige Unzulässigkeit durch Überlassung der Ausübung an einen anderen bestimmt. Der § 1093 endlich enthält besondere Vorschriften für den Fall, daß das Recht, ein Gebäude oder den Teil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigentümers zu benutzen, als beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt ist.

5. Von den **Vorbehalten des EG. zugunsten der Landesgesetzgebung** ist für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten von besonderer Bedeutung der Art. 115, nach welchem die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, welche die Belastung eines Grundstücks mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit untersagen oder beschränken, oder den Inhalt und das Maß solcher Dienstbarkeiten bestimmen. In Betracht kommen außerdem die Art. 113, 133. Von den Übergangsvorschriften des EG. beziehen sich auf beschränkte persönliche Dienstbarkeiten die Vorschrift des Art. 184, nach welcher die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Rechte an Grundstücken mit dem sich aus dem bisherigen Rechte ergebenden Inhalt und Range bestehen bleiben, und die Vorschriften über die Begründung und Aufhebung von Rechten an Grundstücken, bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch angelegt ist.

§ 1090.

E. I §§ 1044, 1048 f.; II § 999 rev. § 1074; III § 1073.
P. I S. 4359 ff., 4413 ff., 4807 ff., 4813 ff., 5197, 11743 ff.; M. III S. 566 ff. P. II Bd. 3 S. 436 ff.

1. Über den **Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit** im allgemeinen s. Vorbm. 1 S. 408 zu diesem Titel. Die Befugnisse, welche außer dem Rechte, das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden und daher nach § 1090 auch als beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden können, bestehen nach § 1018 darin, daß auf dem belasteten Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke gegenüber anderen Grundstücken ergibt. Es kann also z. B. durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer bestimmten Person das Recht des Eigentümers des belasteten Grundstücks ausgeschlossen werden, gewisse Anlagen auf dem Grundstücke zu machen, zu denen der Eigentümer an sich berechtigt ist, oder nach Maßgabe der Vorschriften über das Nachbarrecht (§§ 906 ff.) auf andere Grundstücke einzuwirken, insbesondere also die im § 906 bezeichneten Einwirkungen durch Zuführung von Gasen ꝛc. vorzunehmen; ebenso kann die Befugnis des Eigentümers, Anlagen der im § 907 bezeichneten Art zu verbieten, ausgeschlossen werden u. dgl. m. (vgl. Erl. zu § 1018; Rspr. Bd. 5 S. 316; Bd. 8 S. 126; Bd. 10 S. 118;

RG. Bd. 24 S. A 241). Nach Rspr. Bd. 9 S. 307 kann das Recht zur Vornahme einer einmaligen Handlung nicht Gegenstand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein. Nach Rspr. Bd. 10 S. 413 kann in den Gebieten, in welchen landesgesetzlich Bestimmungen der im EG. Art. 68 bezeichneten Art bestehen, eine zeitlich beschränkte Kohlenabbaugerechtigkeit als beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden.

2. Die Belastung erfolgt zugunsten einer bestimmten physischen oder juristischen Person. Ist der Berechtigte eine juristische Person z. B. eine Gemeinde, so kann die Dienstbarkeit in der Art begründet werden, daß sie dem Interesse der Mitglieder der Gemeinde dient. Es kann also z. B. eine Dienstbarkeit zugunsten einer Gemeinde in der Art begründet werden, daß die Gemeindeglieder einen Weg, eine Wasserleitung, einen Park ꝛc. benutzen können. Eine solche Dienstbarkeit dient zur Befriedigung des Bedürfnisses der Gemeinde, das Interesse ihrer Mitglieder wahrzunehmen. Nur die Gemeinde als solche ist dann berechtigtes Subjekt, nicht die einzelnen Gemeindeglieder. Nur die Gemeinde kann daher in solchem Falle klagen und das für oder gegen sie ergangene Urteil wirkt auch für und gegen die Gemeindeglieder. Der Zulässigkeit einer Dienstbarkeit dieser Art steht die Vorschrift des § 1091 nicht entgegen, da diese nur eine Auslegungsregel enthält, eine abweichende Vereinbarung also zulässig ist (P. II Bd. 3 S. 439 f. Vgl. auch RG. Bd. 14 S. 214; Bd. 58 S. 131—133).

Für eine bestimmte Person und deren Erben kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht bestellt werden (Rspr. Bd. 10 S. 117).

3. In betreff der entsprechenden Anwendung der im Abs. 2 angeführten Paragraphen ist folgendes zu bemerken:

Der Berechtigte hat bei der Ausübung einer Dienstbarkeit das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen (s. Erl. zu § 1020 Satz 1). Begründet die Dienstbarkeit das Recht, eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke zu halten, so finden in betreff der Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Instandsetzung bzw. Unterhaltung der Anlage die Vorschriften der §§ 1020 Satz 2, 1021, 1022 Anwendung (s. Erl. zu §§ 1020 Satz 2, 1021, 1022). Beschränkt sich die jeweilige Ausübung der Dienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks, so kann der Eigentümer die Verlegung nach § 1023 (s. Erl. zu § 1023) verlangen. Trifft eine Dienstbarkeit mit einer anderen Dienstbarkeit oder mit einem sonstigen Nutzungsrecht an dem Grundstücke zusammen, so gelten für die Ausübung die Vorschriften des § 1024 (s. Erl. zu § 1024). Wird das belastete Grundstück geteilt, so werden, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt ist, die Teile, welche außerhalb dieses Bereichs liegen, von der Diestbarkeit frei (s. Erl. zu § 1026). Im Falle der Beeinträchtigung der Dienstbarkeit hat der Berechtigte die negatoria nach Maßgabe des § 1004 (s. Erl. zu § 1027). Im Falle der Beeinträchtigung der Dienstbarkeit durch eine Anlage auf dem belasteten Grundstück unterliegt der Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung der Anlage der Verjährung, auch wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, und mit der Vollendung der Verjährung erlischt die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr im Widerspruche steht (s. Erl. zu § 1028); der § 892 findet keine Anwendung. Die entsprechende Anwendung des § 1029 führt dahin, daß, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, und der als berechtigt Eingetragene in der Ausübung gestört wird, die Vorschriften über den Besitzschutz insoweit entsprechende Anwendung finden, als die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal ausgeübt worden ist. Eine Störung des als berechtigt Eingetragenen in der Ausübung der Dienstbarkeit liegt auch dann vor, wenn solche Personen, durch welche der als berechtigt Eingetragene befugterweise die Dienstbarkeit ausübt, in der Ausübung gestört werden (s. Erl. zu § 1029). Bei der für eine Gemeinde eingetragenen Dienstbarkeit genügt, wenn alle Gemeindeglieder zur Ausübung berechtigt sind (s. Erl. 2), die Ausübung durch eines derselben. Die Ansicht von Endemann (Bd. 2 S. 417 Anm. 8), daß die Heranziehung des § 1029 in dem § 1090 verfehlt sei, weil immer die Ausübung der Dienstbarkeit durch den eingetragenen Berechtigten erfordert werde, und hiernach nur die Geltendmachung des Rechtes in Frage komme, ist deshalb unrichtig, weil nicht die wirkliche Existenz der Dienstbarkeit, sondern nur deren Eintragung und die Ausübung im letzten Jahre erfordert wird. Die Dienstbarkeit erlischt mit dem Tode des Berechtigten und, wenn dieser eine juristische Person ist, mit dieser (s. Erl. zu § 1061). Über die Frage, ob das in einem Prozesse zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und demjenigen, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, ergangene rechtskräftige Urteil für den Fall, daß der Eingetragene nicht wirklich Eigentümer ist, gegen den wirklichen Eigentümer wirkt s. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 428 ff.

§. 1091. Der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten.

§. 1092. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nicht übertragbar. Die Ausübung der Dienstbarkeit kann einem Anderen nur überlassen werden, wenn die Ueberlassung gestattet ist.

---

4. Im E. I § 1045 war bestimmt, daß **eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an einem Bruchteile des belasteten Grundstücks weder begründet noch aufgehoben werden könne.** Von der zweiten Kommission ist diese Vorschrift ebenso wie die für Grunddienstbarkeiten im E. I § 968 gegebene entsprechende Vorschrift gestrichen, weil sie sich aus dem Wesen der Dienstbarkeit, welche stets das Grundstück als solches ergreife, von selbst ergebe (P. II Bd. 3 S. 436, 310). Dies wird als richtig anzuerkennen sein.

§ 1091.

E. I § 1046; II § 1000 rev. § 1075; III § 1074. P. I S. 4307 ff.; M. III S. 567. P. II Bd. 3 S. 436.

Umfang einer persönlichen beschränkten Dienstbarkeit. An Stelle der für Grunddienstbarkeiten in den § 1019 gegebenen Vorschrift, nach welcher der Inhalt einer Grunddienstbarkeit nicht über das Maß hinauserstreckt werden kann, welches sich aus der Benutzung zum Vorteile des berechtigten Grundstücks ergibt, tritt bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten die Vorschrift, daß deren Umfang sich nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt. Während die für Grunddienstbarkeiten gegebene Vorschrift aber eine zwingende ist, handelt es sich hier nur um eine Auslegungsregel. Im E. I § 1046 war die Vorschrift als dispositive gegeben; von der zweiten Kommission ist sie zu einer Auslegungsregel abgeschwächt. Zulässig ist, daß der Umfang der Dienstbarkeit ohne Rücksicht auf das Bedürfnis des Berechtigten bestimmt wird; er kann dieses überschreiten oder hinter demselben zurückbleiben. Insbesondere kann das Maß der Nutzung durch Feststellung einer bestimmten Quantität, das Maß einer Weidedienstbarkeit z. B. durch Festsetzung der Zahl des aufzutreibenden Viehes bestimmt werden. Nur bei dem Mangel einer festen Bestimmung entscheidet die Regel des § 1091. Ob im einzelnen Falle das persönliche Bedürfnis des Berechtigten im engsten Sinne zugrunde zu legen ist, oder ob auch das Bedürfnis seines Haushalts und Geschäfts mit zu berücksichtigen ist, muß nach den Umständen des Falles entschieden werden. Der Ausdruck „persönliches Bedürfnis" spricht zwar für die erstere Auffassung; jedoch wird in M. III S. 567 mit Recht hervorgehoben, daß auch die zweite weitere Auffassung möglich sei. Bei der jetzigen Fassung der Vorschrift als einer bloßen Auslegungsregel ist die Frage ohne praktische Bedeutung.

Ist eine Dienstbarkeit für mehrere bestellt, so ist es eine Frage der Auslegung, ob jeder Berechtigte die Dienstbarkeit ganz auszuüben befugt sein oder ob und in welcher Art eine Teilung zwischen ihnen stattfinden soll. Das letztere wird dann anzunehmen sein wenn quantitativ bestimmte Nutzungen den Gegenstand der Dienstbarkeit bilden. In anderen Fällen wird im Zweifel anzunehmen sein, daß jeder Berechtigte die Dienstbarkeit ganz haben soll. Im Falle einer Kollision findet der § 1024 Anwendung.

§ 1092.

E. I § 1047; II § 1001 rev. § 1076; III § 1075. P. I S. 4379 ff.; M. III S. 567 f. P. II Bd. 3 S. 436.

1. **Unübertragbarkeit. Zulässigkeit der Überlassung der Ausübung an einen andern.** Die Vorschrift des Satz 1 entspricht der für den Nießbrauch geltenden Vorschrift des § 1059 Satz 1. Abweichend vom § 1059 Satz 2 ist aber nach § 1092 Satz 2 auch die Überlassung der Ausübung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an einen anderen unzulässig, sofern die Überlassung nicht gestattet ist. Die Beschränkung entspricht dem regelmäßigen Zwecke der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und der Vorschrift des § 1091. Durch die Gestattung wird die Dienstbarkeit über ihren regelmäßigen gesetzlichen Inhalt hinaus erweitert; es bedarf dazu also der Einigung und der Eintragung im Grundbuche nach Maßgabe der §§ 873, 877. Eine diesen Vorschriften nicht entsprechende Gestaltung hat nur obligatorische Wirkung. Hat der Berechtigte die Ausübung der Dienstbarkeit einem anderen überlassen, ohne daß ihm die Überlassung gestattet ist, so ist dies dem Eigentümer gegenüber ohne rechtliche Wirkung und die von dem anderen erfolgende Ausübung enthält daher eine Verletzung des Eigentums, gegen welche dem

§. 1093. Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Theil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigenthümers als Wohnung zu benutzen. Auf dieses Recht finden die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften der §§. 1031, 1034, 1036, des §. 1037 Abs. 1 und der §§. 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062 entsprechende Anwendung.

Der Berechtigte ist befugt, seine Familie sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen.

Ist das Recht auf einen Theil des Gebäudes beschränkt, so kann der Berechtigte die zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen.

Eigentümer die actio negatoria nach Maßgabe des § 1004 zusteht. Durch die zulässige Gestattung der Ausübung an einen anderen wird für diesen kein dingliches Recht begründet; er erhält dadurch nur eine Einrede gegen die actio negatoria des Berechtigten (§ 1027) und des Eigentümers (§ 1004 Abs. 2). Die Gestattung bedarf daher nicht der Eintragung im Grundbuch.

2. Aus der Unübertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit folgt, daß sie **weder mit einem Nießbrauche noch mit einem Pfandrechte belastet werden kann** (§§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2). Der **Pfändung** unterliegt die Dienstbarkeit nach § 857 Abs. 3 nur, wenn die Überlassung der Ausübung gestattet ist.

3. Der **Vorbehalt des EG.** Art. 115 gilt auch für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Für die Nutzungsrechte der Mitglieder einer Realgemeinde oder eines ähnlichen Verbandes gilt der Vorbehalt des EG. Art. 164.

§ 1093.

E. I § 1050; II § 1002 rev. § 1077; III § 1076. P. I S. 4818 ff.; M. III S. 570 f. P. II Bd. 3 S. 437.

1. **Wohnungsrecht.** Der Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann innerhalb der durch § 1090 bestimmten Grenzen nach Belieben von den Parteien bestimmt werden; er kann insbesondere auch dahin bestimmt werden, daß der Berechtigte ein Gebäude oder einen Teil desselben als Wohnung zu benutzen berechtigt ist. Der § 1093 gibt besondere Vorschriften für den Fall, daß bei der Einräumung des Wohnungsrechts der Ausschluß des Eigentümers von der Benutzung der Wohnung bestimmt ist. Es könnte in einem solchen Falle der Zweifel entstehen, ob das Recht nicht als Nießbrauch an dem Gebäude aufzufassen sei. Denkbar ist, daß die Parteien einen Nießbrauch beabsichtigt und sich nur in dem Ausdrucke vergriffen haben. Im Zweifel ist dies aber nicht anzunehmen. Prinzipiell unterscheidet sich das Wohnungsrecht von dem Nießbrauche dadurch, daß bei ihm nur eine bestimmte Art der Nutzung, nämlich die Nutzung zur Wohnung eingeräumt wird, während der Nießbrauch begrifflich alle Nutzungen der Sache umfaßt und nur einzelne ausgeschlossen werden können. Da das Wohnungsrecht unter Ausschluß des Eigentümers sich aber inhaltlich dem Nießbrauche nähert, so schreibt der § 1093 Abs. 1 Satz 2 die Anwendung verschiedener für den Nießbrauch geltender Vorschriften vor. Daneben werden im Abs. 2, 3 noch einige besondere Vorschriften über den Inhalt des fraglichen Rechtes gegeben. Das in solcher Art geordnete Recht verfolgt ähnliche wirtschaftliche Zwecke wie der gemeinrechtliche usus und die gemeinrechtliche habitatio, unterscheidet sich aber im einzelnen doch wesentlich von diesen Rechten. Daraus, daß das Wohnungsrecht des § 1093 beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist, ergibt sich, daß darauf neben den besonderen Vorschriften des § 1093 die allgemeinen Vorschriften der §§ 1090—1092 Anwendung finden. Soweit nach diesen für Vereinbarungen der Parteien Raum bleibt, können auch die Vorschriften des § 1093 durch Vereinbarung geändert werden. Ist das Wohnungsrecht nicht unter Ausschluß des Eigentümers eingeräumt, so finden darauf lediglich die allgemeinen Vorschriften der §§ 1090—1092 Anwendung.

Das Wohnungsrecht kann unentgeltlich oder gegen Entgelt bestellt werden. Als Entgelt kann auch die jährliche Zahlung einer Geldsumme ausbedungen und der Betrag dieser Geldsumme nach dem jeweiligen Mietwerte der Wohnung bestimmt werden. Aus einer Vereinbarung dieser Art kann nicht gefolgert werden, daß nur ein Mietverhältnis, nicht aber die Einräumung eines Wohnungsrechts beabsichtigt ist (RG. Bd. 54 S. 233). Durch die Vereinbarung wird aber nur eine obligatorische Verpflichtung des betreffenden Vertragschließenden zur Zahlung des bedungenen Entgelts begründet. Das Wohnungsrecht selbst kann dinglich mit dieser Verpflichtung nicht

belastet werden. Zulässig würde nur sein, das Wohnungsrecht unter der auflösenden Bedingung zu bestellen, daß das bedungene Entgelt nicht rechtzeitig bezahlt werde (Biermann Erl. 1 zu § 1093). Wird bei der Einräumung des Rechtes auf eine Wohnung vereinbart, daß darauf im allgemeinen die Vorschriften über ein Mietverhältnis Anwendung finden sollen, daß insbesondere auch der Eigentümer zur Instandhaltung der Wohnung verpflichtet sein solle, so ist die Vereinbarung als auf Begründung eines obligatorischen Mietrechts, nicht aber eines dinglichen Wohnungsrechts gerichtet anzusehen; dies gilt auch dann, wenn die Vertragschließenden das Recht als Wohnungsrecht bezeichnet haben. Eine Eintragung des Rechtes im Grundbuch ist daher nicht zulässig (Rspr. Bd. 4 S. 481; KG. Bd. 24 S. A 121).

2. Die in dem § 1093 Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebene Anwendung der dort bezeichneten Vorschriften ergibt folgendes:

Das Wohnungsrecht erstreckt sich auch auf das Zubehör des betreffenden Gebäudes oder Gebäudeteils und der Wohnungsberechtigte erlangt mit der Begründung des Wohnungsrechts an dem Gebäude oder an dem Gebäudeteile nach den für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften des § 926 auch das Recht, das Zubehör für den Zweck der Wohnung zu benutzen (§ 1031). Dem Wohnungsberechtigten wie dem Eigentümer steht das Recht zu, den Zustand des Gebäudes oder Gebäudeteils durch Sachverständige feststellen zu lassen (§ 1034). Der Wohnungsberechtigte ist zum Besitze, d. h. zum unmittelbaren Besitze des Gebäudes oder Gebäudeteils berechtigt; er hat bei der Benutzung zur Wohnung nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren (§ 1036). Der erste Teil der Vorschrift des § 1036 Abs. 2, nach welcher der Nießbraucher die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten hat, kommt nicht in Betracht, da der Berechtigte das Gebäude oder den Gebäudeteil immer auch nur zur Wohnung zu benutzen berechtigt ist. Der Wohnungsberechtigte ist nicht befugt, das Gebäude oder den Gebäudeteil zu verändern oder wesentlich umzugestalten (§ 1037 Abs. 1). Er hat für die Erhaltung des Gebäudes oder Gebäudeteils in seinem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen. Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm jedoch nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung gehören (§ 1041). Von den in dem § 1042 bezeichneten Tatsachen hat er dem Eigentümer unverzüglich Anzeige zu machen. Nimmt er eine erforderlich gewordene Ausbesserung oder Erneuerung nicht selbst vor, so hat er dem Eigentümer die Vornahme zu gestatten (§ 1044). Die im § 1044 daneben bestimmte Verpflichtung, dem Eigentümer die Verwendung der im § 1043 bezeichneten Bestandteile zu gestatten, kommt nicht in Frage, weil sie nur für den Fall bestimmt ist, daß ein Grundstück Gegenstand des Nießbrauchs ist und weil mit Rücksicht hierauf auch der § 1043 nicht für anwendbar erklärt ist. Für Verwendungen, die der Wohnungsberechtigte, ohne dazu verpflichtet zu sein, auf das Gebäude oder den Gebäudeteil macht, kann er von dem Eigentümer nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen. Eine Einrichtung, mit der er das Gebäude oder den Gebäudeteil versehen hat, ist er wegzunehmen berechtigt (§ 1049). Veränderungen und Verschlechterungen des Gebäudes oder des Gebäudeteils, welche durch die ordnungsmäßige Ausübung des Wohnungsrechts herbeigeführt werden, hat er nicht zu vertreten (§ 1050). Auf die Verjährung der Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderung oder Verschlechterung des Gebäudes oder des Gebäudeteils und der Ansprüche des Wohnungsberechtigten auf Ersatz von Verwendungen finden die Vorschriften des § 1057 Anwendung. Wird das Wohnungsrecht an dem Gebäude oder Gebäudeteile durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so erstreckt sich die Aufhebung auch auf das Recht an dem Zubehöre. Der § 1062 bestimmt zwar nur, daß die Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstücke sich im Zweifel auch auf den Nießbrauch an dem Zubehör erstrecke. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf das Wohnungsrecht führt indessen dahin, daß die Aufhebung des Wohnungsrechts an dem Gebäude oder Gebäudeteil immer auch die Aufhebung des Wohnungsrechts an dem Zubehöre zur Folge hat, weil ein selbständiges Wohnungsrecht an diesem unmöglich ist.

Die Unanwendbarkeit der Vorschrift des § 1061 über das Erlöschen des Nießbrauchs durch den Tod des Berechtigten bzw. das Erlöschen der berechtigten juristischen Person ergibt sich aus § 1090; ebenso die Anwendbarkeit des im § 1060 aufgestellten Grundsatzes über das Zusammentreffen des Nießbrauchs mit anderen Rechten aus der im § 1090 vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung des § 1024. Nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist die entsprechende Anwendung des § 1055 Abs. 1, nach welcher der Nießbraucher die Sache nach Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zurückzugeben verpflichtet ist; sie ergibt sich indessen wohl aus der Natur des Wohnungsrechts, insbesondere daraus, daß der Berechtigte unmittelbarer Besitzer des Gebäudes oder Gebäudeteils ist.

keine entsprechende Anwendung finden, abgesehen von denjenigen Vorschriften, welche ihrem Inhalte nach auf das Wohnungsrecht nicht angewendet werden können, die Bestimmungen der §§ 1045, 1046 über die Versicherungspflicht des Nießbrauchers, des § 1047 über die von dem Nießbraucher zu tragenden Lasten, der §§ 1051—1054 über die Rechte des Eigentümers auf Sicherheitsleistung, Sequestration sowie über sein Recht auf Unterlassung eines unzulässigen Gebrauchs zu klagen, des § 1056 über die im Falle der Vermietung oder Verpachtung über die Dauer des Nießbrauchs hinaus geltenden Grundsätze. Nicht für anwendbar erklärt ist der § 1058, nach welchem im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer zugunsten des Nießbrauchers der Besteller als Eigentümer gilt, sofern nicht der Nießbraucher gewußt hat, daß der Besteller nicht Eigentümer sei. Es bleibt also bei dem sich aus den allgemeinen für das Rechtsverhältnis des Wohnungsberechtigten geltenden Vorschriften ergebenden Grundsatze, daß durch das dingliche Wohnungsrecht Rechte und Pflichten nur zwischen dem Wohnungsberechtigten und dem Eigentümer, nicht zwischen dem ersteren und dem Besteller begründet werden. Eine entsprechende Anwendung des § 1058 läßt sich nicht rechtfertigen, weil das Gesetz offenbar die Absicht gehabt hat, die sämtlichen zur entsprechenden Anwendung geeigneten Vorschriften über den Nießbrauch aufzuzählen und die Annahme eines Redaktionsversehens sich nicht dadurch begründen läßt, daß der § 1058 erst später eingestellt worden ist (a. A. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 428; Biermann Erl. 2 zu § 1093). Nicht für anwendbar erklärt ist ferner der § 1059 über die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs. An dessen Stelle tritt die Vorschrift des § 1092, nach welcher nicht nur die Übertragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit unzulässig ist, sondern auch die Ausübung abweichend vom § 1059 einem anderen nur überlassen werden kann, wenn dies besonders gestattet ist. Nicht für entsprechend anwendbar erklärt ist auch der § 1065, nach welchem, wenn das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt wird, die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Hiernach stehen also dem Wohnungsberechtigten im Falle der Beeinträchtigung seines Rechtes auf Grund des im § 1090 für anwendbar erklärten § 1027 nur die im § 1004 bestimmten Rechte, also nur die actio negatoria, nicht aber der Anspruch auf Herausgabe der Sache im Falle der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes zu. Da aber der Wohnungsberechtigte nach dem für anwendbar erklärten § 1036 ein Recht auf den Besitz des Gebäudes oder Gebäudeteils hat, so kann er im Falle der Entziehung oder der Vorenthaltung des Besitzes mit der actio negatoria die Beseitigung der in der Entziehung des Besitzes liegenden Beeinträchtigung seines Rechtes, also die Herausgabe des Gebäudes oder Gebäudeteils verlangen (s. Erl. zu § 1027). Die für die vindicatio geltenden besonderen Vorschriften finden aber keine Anwendung (s. Erl. zu § 1027).

3. **Der Inhalt des Wohnungsrechts** geht dahin, das Gebäude oder den Gebäudeteil als Wohnung zu benutzen. Die Benutzung zu anderen Zwecken, z. B. als Geschäfts- oder Arbeitsraum ist ausgeschlossen. Als zulässig wird es indessen angesehen werden müssen, daß der Wohnungsberechtigte, wenn er in dem Gebäude oder Gebäudeteile wohnt, darin zugleich seine Arbeiten oder sonstigen Geschäfte verrichtet. Eine vertragsmäßige Ausdehnung des Rechtes des Wohnungsberechtigten ist infolge der dispositiven Natur der fraglichen Vorschriften zulässig.

4. **Über den Umfang des Wohnungsrechts geben die Abs. 2, 3 zwei dispositive Vorschriften.**

a) Die im § 1091 gegebene Vorschrift, nach welcher sich der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt, wird durch Abs. 2 dahin erweitert, daß der Berechtigte auch seine Familie sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen befugt ist. Der Begriff der Familie ist im Sinne des gewöhnlichen Lebens zu verstehen. Nicht erforderlich ist, daß der Wohnungsberechtigte den aufgenommenen Familiengliedern gegenüber zum Unterhalte verpflichtet ist. Auch ein bestimmter Grad der Verwandtschaft oder Schwägerschaft wird nicht erfordert. Es kommt lediglich darauf an, daß die aufgenommenen Personen im einzelnen Falle nach der Auffassung des Lebens als zur Familie des Berechtigten gehörend anzusehen sind. Nach der Auffassung des Lebens bestimmt sich auch, welche Personen zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlich sind. Hierbei ist auch die subjektive Auffassung des Berechtigten darüber, welcher Personen er zur Bedienung oder zur Pflege bedarf, zu berücksichtigen. Es kommt nicht ausschließlich auf das Bedürfnis des Berechtigten selbst an; es genügt auch, daß die betreffenden Personen zur standesmäßigen Bedienung und Pflege der aufgenommenen Familienglieder erforderlich sind. Daß der Berechtigte Besuch, insbesondere auch sog. Logierbesuch aufzunehmen berechtigt ist, ist nicht ausdrücklich be-

Sechster Abschnitt.
Vorkaufsrecht.

stimmt, wird aber als selbstverständlich betrachtet (M. III S. 571). Eine vertragsmäßige Erweiterung oder Beschränkung der Bestimmungen des Abs. 2 ist zulässig.

b) Der Abs. 3 gibt eine dispositive Vorschrift für den Fall, daß das Recht auf einen Teil des Gebäudes beschränkt ist. Trotz dieser Beschränkung ist der Berechtigte befugt, die zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen, z. B. der Treppen, Vorplätze, Klosetts, Waschküche 2c. mitzubenutzen. Das Recht zur Benutzung beschränkt sich nicht auf die Person des Berechtigten, sondern steht auch den in die Wohnung nach Maßgabe des Abs. 2 mit aufgenommenen Personen zu. Eine vertragsmäßige Ausdehnung, Beschränkung oder nähere Bestimmung des hier fraglichen Rechtes ist zulässig.

c) Zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Überlassung der Wohnung an Dritte ist der Berechtigte, abgesehen von den unter a bezeichneten Fällen, nur befugt, wenn ihm dies nach Maßgabe des § 1092 Satz 2 gestattet ist. Durch eine solche Gestattung verliert das Recht im übrigen nicht den Charakter eines nach Maßgabe des § 1093 zu beurteilenden Wohnungsrechts.

Sechster Abschnitt.

Immerwahr in Jherings Jahrb. 40 S. 279.

1. **Dingliches und obligatorisches Vorkaufsrecht.** Das BGB. kennt neben dem obligatorischen Vorkaufsrechte, das in den §§ 504—514 geregelt ist, in Ansehung von Grundstücken auch ein dingliches Vorkaufsrecht, das in den §§ 1094—1104 geordnet ist. Das dingliche Vorkaufsrecht erinnert durch seine dingliche Natur an die alten Retrakt- und Näherrechte; über diese s. Stobbe-Lehmann Bd. 2 Teil 2 §§ 117—120, Eccius Bd. 3 § 189, Roth, Deutsches Privatrecht Bd. 3 § 328, Heusler, Institutionen Bd. 2 S. 50, Gierke, Deutsches Privatr. Bd. 2 §§ 152 ff. S. 766 ff. Der Grund für die Aufnahme des dinglichen Vorkaufsrechts liegt, wie in den P. II Bd. 3 S. 757 betont ist, insbesondere darin, gewissen sozialpolitischen Bestrebungen, welche auf eine Seßhaftmachung der ländlichen und industriellen Arbeiter gerichtet sind, die Wege zu ebnen. Über die Gründe der Aufnahme des dinglichen Vorkaufsrechts s. auch M. III S. 448 ff.

Das dingliche Vorkaufsrecht unterscheidet sich von dem obligatorischen dadurch, daß der Berechtigte den Vorkauf nicht allein gegen den Verpflichteten (§ 1097) und dessen Gläubiger im Konkurse (§ 1098 Abs. 1), sondern auch gegen Dritte (§ 1098 Abs. 2) geltend machen kann. Der mit der Aufnahme des dinglichen Vorkaufsrechts verfolgte Zweck bringt es ferner mit sich, daß das dingliche Vorkaufsrecht auch zugunsten des Eigentümers eines anderen Grundstücks und nicht bloß für einen Fall, sondern für mehrere oder für alle Fälle des Verkaufs bestellt werden kann (§§ 1094 Abs. 2, 1097). Schließlich gilt für das persönliche Vorkaufsrecht die Vertragsfreiheit; bei dem dinglichen ist dagegen eine Erweiterung des Inhalts der Belastung durch Privatwillkür unzulässig (s. Vorbm. 3; vgl. Bendix in JW. 1904 S. 601, Seller, Vormerkung S. 282 f.).

Der gemeinsame Berührungspunkt für das dingliche und das obligatorische Vorkaufsrecht liegt darin, daß für das Verhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten die Vorschriften über das obligatorische Vorkaufsrecht (§§ 504—514) grundsätzlich auch bei dem dinglichen Vorkaufsrechte maßgebend sind (§ 1098 Abs. 1).

Den Gegenstand einer Vormerkung (§ 883 Abs. 1) kann übrigens jedes obligatorische Vorkaufsrecht bilden, nicht bloß — wie Turnau-Förster I S. 514, Kretzschmar I S. 204 ff., II S. 369 ff., Boehm S. 138 u. a. annehmen — das Vorkaufsrecht, bei welchem die Parteien die Verpflichtung begründet haben, das Recht als dingliches zu bestellen (s. oben S. 114 Erl. 1 d, Bendix a. a. O.).

2. **Juristische Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechts** (M. III S. 450). Das dingliche Vorkaufsrecht ist vom BGB. weder in Anlehnung an das alte Retraktrecht als ein suspensiv

bedingtes dingliches Aneignungsrecht noch als ein Veräußerungsverbot mit der Wirkung einer Sperre des Grundbuchs gestaltet worden. Das dingliche Vorkaufsrecht enthält immer auch das obligatorische Vorkaufsrecht (§ 1098). Durch seine Bestellung wird ein obligatorisches Vorkaufsrecht begründet und diesem Wirkung gegen Dritte verliehen. Es ist eine Belastung des Grundstücks (oben S. 8 f.). Die Belastung besteht aber nicht darin etwas aus dem Grundstücke zu leisten, sondern in der Verpflichtung, das Grundstück selbst, wie wenn es gekauft wäre, zu geben. Durch seinen Inhalt und seine Zweckbestimmung unterscheidet es sich von allen sonstigen an dem Grundstücke möglichen Belastungen. Der Einklang mit dem Systeme des Grundbuchrechts des BGB. ist dadurch hergestellt, daß das Vorkaufsrecht nach § 1098 Abs. 2 die Wirkung einer Vormerkung hat.

3. Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts. Da die rechtsgeschäftliche Begründung eines dinglichen Rechtes nur insoweit zulässig ist, als das Gesetz es gestattet, so mußte das BGB. den möglichen Inhalt eines dinglichen Vorkaufsrechts bestimmen. Dies ist durch die im § 1098 ausgesprochene Verweisung auf die für den obligatorischen Vorkauf geltenden Vorschriften der §§ 504—514 geschehen. Als dingliches Vorkaufsrecht kann mithin nur eine Verpflichtung auferlegt werden, die den Inhalt des obligatorischen Vorkaufs bilden kann. Bei der absoluten Natur der Vorschriften über dingliche Rechtsgeschäfte ist damit zugleich der Vertragsfreiheit die Grenze gezogen. Die Vorschriften der §§ 504—514 sind an sich dispositiver Natur; dagegen ist die Rechtsnorm, welche ihre Maßgeblichkeit für den Inhalt der Vorkaufslast bestimmt, eine absolute. Der Inhalt der auf das Grundstück zu übernehmenden Verpflichtung kann durch Rechtsgeschäft wohl in einzelnen Punkten ermäßigt, aber nicht über das, was aus dem Gesetze sich ergibt, hinaus erweitert werden, soweit nicht eine solche Erweiterung besonders zugelassen ist (s. Erl. 1 zu § 1098). Da das dingliche Vorkaufsrecht dem Berechtigten nicht eine wertvolle Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten verschaffen und wegen des Anspruchs auf eine solche Leistung dingliche Sicherheit gewähren soll, so ist ein Rangstreit zwischen dem eingetragenen Vorkaufsrecht und anderen das Grundstück belastenden Rechten ausgeschlossen und der Kredit des Verpflichteten bei weiteren Belastungen nicht gemindert. Die weitere Belastung mindert naturgemäß den Kaufpreis und damit die Gegenleistung des Berechtigten, bleibt also für diesen gleichgültig (M. III S. 451).

4. Die Begründung des dinglichen Vorkaufsrechts erfolgt durch Bestellung nach Maßgabe der §§ 873 ff. Dies gilt auch dann, wenn das Vorkaufsrecht auf einem Vermächtnisse beruht und die Verdinglichung letztwillig angeordnet ist. Der auf die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts gerichtete obligatorische Vertrag bedarf nach § 313 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (s. Bd. II S. 126 Erl. 1 b, S. 413 Vorbm. 1, P. II Bd. 2 S. 99, RG. 59 S. 132; a. M. RG. in JW. 1905 S. 230, Kretzschmar II S. 351 f., Turnau-Förster I S. 516, Thiele in Z. d. D.Not.Ver. 1902 S. 318, Kuhlenbeck in JW. 1901 S. 392 f., Oberneck 3 Aufl. S. 591 u. a.). Für die Begründung des dinglichen Vorkaufsrechts sind aber lediglich die im § 873 bestimmten Erfordernisse maßgebend (abw. Fuchs S. 347 Erl. 3 a, der die Form des § 313 auch für den dinglichen Vertrag fordert). Ist diesen genügt, so entsteht, da es sich um ein abstraktes Rechtsgeschäft handelt, das dingliche Vorkaufsrecht ohne Rücksicht darauf, ob das zugrunde liegende Kausalgeschäft bestand und gültig war oder nicht. Nach § 313 Satz 2 wird bei einer Veräußerung der Mangel der gesetzlichen Form durch die Auflassung und die Eintragung geheilt. Die Vorschrift des § 313 Satz 2 wird wohl auf das dingliche Vorkaufsrecht dahin zu übertragen sein, daß dem formgerechten dinglichen Bestellungsvertrag (§ 873) in Verbindung mit der Eintragung des Vorkaufsrechts in das Grundbuch die Wirkung der Heilung des Mangels, an welchem das obligatorische Kausalgeschäft leidet, zukommt (s. Fuchs a. a. O., Immerwahr a. a. O. S. 295).

Das BGB. kennt nur ein rechtsgeschäftliches, kein gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht. Das den Miterben nach dem BGB. §§ 2034 ff. zustehende gesetzliche Vorkaufsrecht hat zwar dinglichen Charakter, es ergreift aber nur den Anteil an der Erbschaft als solchen, nicht die einzelnen zur Erbschaft gehörenden Gegenstände. Ein gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht an einzelnen Sachen ist nur auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten möglich. In dieser Beziehung ist z. B. auf die im Gebiete des Bergrechts und des Enteignungsrechts anerkannten Fälle (vgl. preuß. Berggeſ. § 141, preuß. Enteignungsges. § 57) hinzuweisen.

Durch Ersitzung kann das dingliche Vorkaufsrecht auch in den Schranken des § 900 Abs. 2 nicht begründet werden.

In dem Eintragungsvermerke kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 874).

§. 1094. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigenthümer gegenüber zum Vorkaufe berechtigt ist.

Das Vorkaufsrecht kann auch zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks bestellt werden.

Für die Änderung des Inhalts des dinglichen Vorkaufsrechts sind die Vorschriften des § 877 maßgebend.

5. Die Aufhebung des dinglichen Vorkaufsrechts erfolgt verschieden, je nachdem das Vorkaufsrecht nur für einen Verkaufsfall oder für mehrere oder für alle Verkaufsfälle besteht. Beiden Arten des Vorkaufsrechts ist gemeinsam die rechtsgeschäftliche Aufhebung, welche sich nach § 876 bestimmt, und die — allerdings nur beim subjektiv persönlichen Vorkaufsrechte mögliche — Beendigung durch Aufgebot des unbekannten Berechtigten (§ 1104). Das nur für einen Verkaufsfall bestehende Vorkaufsrecht erlischt ferner dadurch, daß das Grundstück durch Zwangsversteigerung veräußert wird, und dadurch, daß das Grundstückseigentum mit dem Vorkaufsrecht in einer Person sich vereinigt. Das für mehrere Verkaufsfälle bestehende Vorkaufsrecht kann in beiden Fällen fortdauern (s. Erl. 1 zu § 1097, 2 i zu § 1098; Kretzschmar II S. 357). Wegen des Einflusses des Todes des Berechtigten oder des Verpflichteten s. Erl. 3 zu § 1097, Erl. 2 l zu § 1098 und über die entsprechende Anwendung des § 1026 Kretzschmar II S. 203 ff.

Von der Aufhebung ist zu unterscheiden der Ausschluß der Ausübung (s. z. B. § 1099 Abs. 2) im einzelnen Falle; hierüber s. Erl. 1 zu § 1097 und Erl. 2 a, 2 h zu § 1098. Ist freilich das Vorkaufsrecht nur für einen oder mehrere Verkaufsfälle bestellt und die Ausübung für alle in Betracht kommenden Fälle ausgeschlossen, so ist damit das Recht selbst erloschen.

6. Eine Verdinglichung des Wiederkaufsrechts (§§ 497—503) ist nicht vorgesehen (M. III S. 451, P. II Bd. 3 S. 766). Indessen läßt sich ihr Zweck im wesentlichen durch Eintragung einer Vormerkung (§ 883 Abs. 1) zur Sicherung des Rechtes auf den Wiedererwerb des Eigentums erreichen (vgl. Bd. II S. 407 f. Vorbm. 1 vor § 497, Bd. III S. 114 Erl. 1 d; Bendix in JW. 1904 S. 601).

Bei Rentengütern hat Preußen (AG. Art. 29) ein dingliches Wiederkaufsrecht geschaffen.

7. Für die Übergangszeit s. Art. 168, 184, 189 des EG. (vgl. RG. 58 S. 157). Aus Art. 184 folgt, daß Vorkaufsrechte, welche nach dem bisherigen Rechte, z. B. dem preuß. ZVG. § 67 auch im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks geltend gemacht werden konnten, diesen Inhalt auch nach der Grundbuchanlegung behalten. Wegen des sächs. Rechtes vgl. Kretzschmar I S. 216. Dingliche Vorkaufsrechte des bisherigen Rechtes, welche auf dem Miteigentum oder der Gemeinschaft beruhen, sind mit dem Inkrafttreten des BGB. aufgehoben (Art. 173, 181 des EG.).

8. Der Stoff des gegenwärtigen Abschnitts ist in der Weise geordnet, daß im § 1094 der Begriff und der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts, im § 1095 die Belastung eines Bruchteils eines Grundstücks mit dem Vorkaufsrecht, im § 1096 die Erstreckung des Rechtes auf das Zubehör und im § 1097 die Bestellung des Rechtes für mehrere Verkaufsfälle geregelt sind. Der § 1098 betrifft das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verpflichteten und die Wirkung des Vorkaufsrechts gegen Dritte. Der § 1099 modifiziert den § 1098 in Ansehung der Mitteilung des Kaufvertrags an den Berechtigten und legt dem Verpflichteten die Pflicht der Anzeige von der Ausübung oder dem Ausschlusse des Rechtes gegenüber dem neuen Eigentümer auf. Die §§ 1100—1102 beziehen sich auf die Auseinandersetzung zwischen den Beteiligten wegen des Kaufpreises, der § 1100 gibt dem neuen Eigentümer ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Kaufpreises, der § 1101 hat die Zahlungspflicht des Vorkaufsberechtigten, der § 1102 die des Käufers zum Gegenstand. Im § 1103 wird die Umwandelung eines subjektiv dinglichen Vorkaufsrechts in ein subjektiv persönliches und umgekehrt verboten. Der § 1104 regelt das Aufgebot des Berechtigten.

§ 1094.

E. I § 952 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2; II § 1003 rev. § 1078; III § 1077. P. I S. 3744 ff., 6225, 6254, 11969; M. III S. 452. P. II Bd. 3 S. 752 ff.

Vgl. Vorbm. zu diesem Abschnitte.

§. 1095. Ein Bruchtheil eines Grundstücks kann mit dem Vorkaufsrechte nur belastet werden, wenn er in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht.

---

1. **Gegenstand** des dinglichen Vorkaufsrechts kann nur ein Grundstück oder eine mit Grundstücksnatur ausgestattete Berechtigung, z. B. ein Erbbaurecht (§ 1017), ein Erbpachtrecht (EG. Art. 63), ein Abbaurecht (EG. Art. 68), nicht dagegen eine bewegliche Sache oder ein Recht sein. Wegen des dinglichen Vorkaufsrechts an realen oder ideellen Teilen eines Grundstücks s. Erl. zu § 1095.

2. **Anlaß zur Begründung.** Das dingliche Vorkaufsrecht kann nicht nur im Falle der Veräußerung eines Grundstücks dem Veräußerer vorbehalten, sondern auch aus anderer Veranlassung begründet werden, z. B. für einen Mieter, der sich gegen einen Wohnungswechsel sichern will, für einen Pächter.

3. **Berechtigter.** Das dingliche Vorkaufsrecht kann auch zugunsten einer juristischen Person bestellt werden. Der Abs. 2 läßt das subjektiv dingliche Vorkaufsrecht zu. Das zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellte Vorkaufsrecht ist auf Antrag des Eigentümers des Grundstücks, für welches das Recht bestellt ist, oder eines Berechtigten, welchem an diesem Grundstück ein im Falle der Aufhebung des Vorkaufsrechts durch die Aufhebung berührtes Recht zusteht, auf dem Blatte dieses Grundstücks zu vermerken.

Wird das Grundstück, mit welchem das subjektiv dingliche Vorkaufsrecht verbunden ist, geteilt, so tritt durch die Teilung eine Änderung im Bestand oder Inhalte des Vorkaufsrechts nicht ein. Die Ausübung regelt sich nach § 1098 Abs. 2 mit § 513.

§ 1095.

E. I § 953; II § 1004 rev. § 1079; III § 1078. P. I S. 4951; M. III S. 454. P. II Bd. 3 S. 763.

1. **Ein Bruchteil eines Grundstücks** kann mit einem Vorkaufsrechte belastet werden, jedoch nur, wenn er im Anteil eines Miteigentümers (vgl. §§ 741, 747, 1008) besteht. Dagegen kann die Bestellung nicht in der Weise erfolgen, daß der Eigentümer des ganzen Grundstücks einen Bruchteil desselben mit einem Vorkaufsrechte belastet. Unzulässig ist auch, daß ein Miteigentümer aus seiner Quote eine Quote neu bildet, um an ihr ein Vorkaufsrecht zu bestellen. Die Belastung einer Miteigentumsquote mit einem Vorkaufsrecht ist sowohl zugunsten eines anderen Miteigentümers als eines Dritten möglich. Die Belastung zugunsten der übrigen Miteigentümer dient als Ersatz für das im BGB. nicht anerkannte gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer.

Wie sich aus dem Worte „Bruchteil" eines Grundstücks ergibt, findet der § 1095 keine Anwendung, wenn es sich um eine Gemeinschaft zur gesamten Hand (oben S. 340 Vorbm. 1 vor § 1008) handelt. Die Bestellung eines Vorkaufsrechts an dem Anteil eines Gesamthänders ist ausgeschlossen (vgl. unten Erl. 2b zu § 1114).

Der Satz, daß der Eigentümer des ganzen Grundstücks an einem Bruchteile desselben ein Recht nicht bestellen kann, gilt für alle Rechte mit Ausnahme des Nießbrauchs (s. §§ 1018, 1090 Abs. 2, 1106, 1114, 1192 Abs. 1, 1199 Abs. 1 und Erl. 4 zu § 1030).

2. **Nur die Begründung, nicht die Fortdauer** eines gültig begründeten Vorkaufsrechts wird durch die Vorschrift des § 1095 betroffen. Aus dieser folgt nicht, daß das Vorkaufsrecht, welches von einem Miteigentümer an seinem Bruchteile bestellt ist, dadurch erlischt, daß der Miteigentümer auch die anderen Bruchteile des Grundstücks erwirbt oder daß aus einem sonstigen Grunde an die Stelle der Gemeinschaft nach Bruchteilen das Alleineigentum eines einzelnen tritt oder der belastete Bruchteil sich nicht mehr mit dem Anteil eines Miteigentümers deckt. In Beziehung auf das Vorkaufsrecht und durch dasselbe wird der Bruchteil als solcher solange aufrecht erhalten, als das Vorkaufsrecht besteht.

3. **Ein realer Teil eines Grundstücks** kann mit einem Vorkaufsrechte belastet werden. Nach der Ordnungsvorschrift des § 6 GBO. setzt diese Belastung jedoch die Abschreibung des Teiles im Grundbuche voraus. Im bezeichneten Falle haftet das Vorkaufsrecht nur auf dem belasteten Grundstücksteil. Es dürfe aber nichts im Wege stehen, ein Grundstück mit einem Vorkaufsrecht auch in der Weise zu belasten, daß das ganze Grundstück haftet, das Vorkaufsrecht aber nur ausgeübt werden kann, wenn ein gewisser Teil des Grundstücks abverkauft wird (RJA. 2 S. 104).

§. 1096. Das Vorkaufsrecht kann auf das Zubehör erstreckt werden, das mit dem Grundstücke verkauft wird. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sich das Vorkaufsrecht auf dieses Zubehör erstrecken soll.

Der Fall liegt gerade so, wie wenn die Ausübung einer Dienstbarkeit auf einen Teil des Grundstücks beschränkt ist (s. oben Vorbm. 1 vor § 1018, Erl. 2 zu § 1012).

4. Vgl. im übrigen die Erl. zu § 1114.

§ 1096.

E. II § 1005 rev. § 1080; III § 1079. P. II Bd. 3 S. 761 f.

1. **Erstreckung des Vorkaufsrechts auf das Zubehör.** Nach § 314 ist im Zweifel anzunehmen, daß die rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Veräußerung eines Grundstücks sich auf das Zubehör (§§ 97, 98) erstrecken soll. Dementsprechend bestimmt der § 1096, daß auch das Vorkaufsrecht auf das Zubehör erstreckt werden kann und daß im Zweifel eine solche Erstreckung als vereinbart anzunehmen ist. Die Eintragung dieser Vereinbarung in das Grundbuch oder statt dessen die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist nicht erforderlich (a. M. Oberneck 3. Aufl. Bd. 1 S. 593) und nicht zulässig, da das Grundbuch über die Rechtsverhältnisse der Zubehörstücke keine Auskunft gibt. Ist die Erstreckung des Vorkaufsrechts auf das Zubehör vereinbart oder gilt sie als vereinbart, so finden auch die Vorschriften des § 926 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 über den Übergang des Eigentums an dem Zubehör Anwendung (vgl. übrigens noch § 1098 Abs. 2 mit § 508).

2. **Das Vorkaufsrecht bezieht sich nur auf das Zubehör,** das mit dem Grundstücke verkauft wird, nicht auf Zubehörstücke, die ohne das Grundstück veräußert werden. Es umfaßt ferner nicht nur das Zubehör, an welchem der Käufer das Eigentum erworben hat, sondern alles Zubehör, das zusammen mit dem Grundstücke verkauft ist. Auf dieses Zubehör bezieht sich also die Verpflichtung des Vorkaufsverpflichteten gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, wenn dieser von dem Vorkaufsrechte Gebrauch macht. Der Vorkaufsberechtigte kann verlangen, daß ihm das Eigentum an dem verkauften Zubehöre verschafft wird und zwar ohne Unterschied, ob es dem Vorkaufsverpflichteten zugestanden hat oder nicht.

3. Es fragt sich, wie sich **das Verhältnis des Vorkaufsberechtigten zu dem Käufer** gestaltet, wenn diesem das Zubehör von dem vorkaufsverpflichteten Verkäufer übertragen ist. Soweit dieser Eigentümer des Zubehörs war, geht dasselbe mit der Auflassung des Grundstücks an den Vorkaufsberechtigten und der Eintragung, zu welcher der Käufer seine Einwilligung geben muß, nach § 926 Abs. 1 auf den Vorkaufsberechtigten über. Zweifelhaft aber ist, wie sich das Verhältnis in betreff desjenigen Zubehörs gestaltet, welches zwar mit verkauft war, aber nicht im Eigentume des Verkäufers stand. Dieses ist durch die Übertragung an den Käufer entweder nach Maßgabe des § 926 Abs. 2 auf Grund des guten Glaubens des Käufers in dessen Eigentum übergegangen oder er hat nur den Besitz erlangt. In dem erstgedachten Falle sollte nach einem in der zweiten Kommission gestellten Antrage das Vorkaufsrecht in Beziehung auf den Käufer sich auch auf das Zubehör erstrecken, dessen Eigentum er infolge seines guten Glaubens erworben hatte. Die Bedeutung dieser Erstreckung würde darin liegen, daß der Käufer seine Zustimmung auch zu der Übertragung des Eigentums dieses Zubehörs auf den Vorkaufsberechtigten geben müßte. Die beantragte Bestimmung wurde von dem Antragsteller als eine positive, aus der Erstreckung des Vorkaufsrechts auf das Zubehör an sich nicht folgende Vorschrift aufgefaßt. Der Antrag wurde abgelehnt, weil man die Entscheidung dieser praktisch nicht sehr wichtigen Frage der Wissenschaft und Praxis überlassen wollte (P. II Bd. 3 S. 762). Es dürfte sich indessen rechtfertigen, auch ohne eine ausdrückliche Vorschrift zu demselben Ergebnisse zu gelangen. Der mit der Erstreckung des Vorkaufsrechts auf das Zubehör verfolgte Zweck besteht darin, dem Vorkaufsberechtigten auch in betreff des Zubehörs dieselbe Rechtsstellung zu gewähren, welche er haben würde, wenn der Verkäufer das Zubehör nicht auf den Käufer, sondern seiner Verpflichtung gemäß auf den Vorkaufsberechtigten übertragen hätte. Dieser Zweck wird nur erreicht, wenn die Verpflichtung des Käufers auch auf dasjenige Zubehör ausgedehnt wird, dessen Eigentum er, obwohl es dem Verkäufer nicht gehörte, auf Grund des guten Glaubens erworben hat. Man wird dann aber wohl noch einen Schritt weiter gehen und behufs Erreichung jenes Zweckes dem Käufer die Verpflichtung auferlegen müssen, auch dasjenige Zubehör, dessen Besitz er erlangt, an dem er aber wegen Mangels des guten Glaubens das Eigentum nicht erworben hat, herauszugeben, um die Übertragung an den Vorkaufsberechtigten zu ermöglichen.

§. 1097. Das Vorkaufsrecht beschränkt sich auf den Fall des Verkaufs durch den Eigenthümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch dessen Erben; es kann jedoch auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt werden.

§. 1098. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestimmt sich nach den Vorschriften der §§. 504 bis 514. Das Vorkaufsrecht kann auch dann ausgeübt werden, wenn das Grundstück von dem Konkursverwalter aus freier Hand verkauft wird.

Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Uebertragung des Eigenthums.

---

§ 1097.

E. I § 952 Abs. 2 Nr. 1; II § 1006 rev. § 1081; III § 1080. P. I S. 3744 ff., 6225, 6254, 11969; M. III S. 452. P. II Bd. 3 S. 757; Bd. 6 S. 245.

1. **Unterschied zwischen dem für einen Verkaufsfall und den für mehrere Fälle bestellten Vorkaufsrechte.** Während das obligatorische Vorkaufsrecht sich auf den ersten Verkaufsfall beschränkt, kann das dingliche Vorkaufsrecht ein einmaliges sein oder sich auf mehrere oder alle Verkaufsfälle erstrecken. Ist es ein einmaliges, so erlischt es, wenn es beim ersten Verkaufsfalle nicht ausgeübt wird oder wenn das Grundstück, ohne daß der Fall eines Verkaufs vorliegt, in das Eigentum eines Sondernachfolgers des Vorkaufsverpflichteten gelangt. Es lebt in letzterem Falle nicht wieder auf, wenn das Grundstück von dem Besteller des Vorkaufsrechts oder dessen Erben wieder erworben wird. Ist das Vorkaufsrecht hiernach erloschen, so kann der Eigentümer die Berichtigung des Grundbuchs verlangen (§§ 894, 899). Ist das Vorkaufsrecht dagegen ein mehrmaliges, so besteht es, wenn es bei dem einen Verkaufsfalle nicht ausgeübt wird, zwischen dem neuen Eigentümer und dem Vorkaufsberechtigten fort. Der frühere Eigentümer scheidet aus, er ist z. B. nicht haftbar, wenn der neue Eigentümer verkauft, ohne der Anzeigepflicht zu genügen. Im übrigen s. wegen des Begriffs des Verkaufsfalls und wegen der Ausübung im Falle der Zwangsvollstreckung und des Konkurses die Erl. 2 a, h, i, zu § 1098. Die M. III S. 455 lassen die Frage offen, ob, wenn der Verpflichtete nach dem Verkauf in Konkurs gerät und sich der Konkursverwalter gemäß § 17 der KO. dahin entscheidet, den Verkauf nicht zu erfüllen, dieser vereitelte Verkaufsfall als nicht vorgekommen zu gelten hat. Mit Fuchs S. 350 und Immerwahr a. a. O. S. 335 ist die Frage zu bejahen. Auch das nur für einen Verkaufsfall bestehende Vorkaufsrecht dauert mithin als solches fort. Übrigens kann der Konkursverwalter auf Grund des § 24 KO. von dem ihm nach § 17 KO. zustehenden Wahlrechte nur dem Käufer, nicht dem Vorkaufsberechtigten gegenüber Gebrauch machen (s. Kretzschmar II S. 360, Jaeger KO. S. 195 Anm. 4 zu § 24, Immerwahr a. a. O.).

2. **Eintragung in das Grundbuch.** Im Zweifel ist auch das dingliche Vorkaufsrecht nur ein einmaliges. Soll es für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt werden, so bedarf es der Eintragung dieser Erstreckung, als zum Inhalte der Belastung gehörig, in das Grundbuch (§§ 873, 877). Der Eintragung steht die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gleich (oben S. 91 f. Erl. zu § 874; P. II Bd. 3 S. 762; Kretzschmar II S. 354).

3. **Passive Vererblichkeit.** Aus § 1097 folgt, daß das dingliche Vorkaufsrecht und zwar auch das nur für den ersten Verkaufsfall bestellte passiv vererblich ist. Jedoch kann der Tod des Bestellers als Endtermin des Rechtes festgesetzt und so die passive Vererblichkeit ausgeschlossen werden (s. Kretzschmar II S. 355). Wegen der aktiven Vererblichkeit s. Erl. 21 zu § 1098.

§ 1098.

E. I §§ 954, 957 Abs. 1, 4, § 958; II § 1007 rev. § 1082; III § 1081. P. I S. 3755, 3775, 4185, 6157, 6225, 11969; M. III S. 454 f., 457, 460 P. II Bd. 3 S. 757 f., 761; Bd. 6 S. 245 f.

1. **Der Abs. 1 regelt die Wirkungen des dinglichen Vorkaufsrechts im Verhältnisse zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verpflichteten.** Unter dem Verpflichteten versteht der Abs. 1 nicht nur den Besteller des Vorkaufsrechts und seinen Erben, sondern im Falle des für mehrere Verkaufsfälle bestellten Vorkaufsrechts (§ 1097) auch denjenigen Sondernachfolger des Bestellers des Vorkaufsrechts, dem gegenüber es wirksam ist. Das Rechtsverhältnis zwischen dem

Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten bestimmt sich nach den für das obligatorische Vorkaufsrecht geltenden Vorschriften der §§ 504—514. Während aber für das obligatorische Vorkaufsrecht die Vorschriften der §§ 504—514 nur dispositives Recht bilden, enthalten sie für das dingliche Vorkaufsrecht zwingendes Recht. Erweiterungen des Vorkaufsrechts über den aus den §§ 504—514 sich ergebenden Umfang hinaus sind unwirksam (vgl. Vorbm. 3 vor § 1094). Der E. I § 959 hatte dies ausdrücklich ausgesprochen, in der zweiten Kommission ist die Bestimmung mit Rücksicht darauf als selbstverständlich erachtet worden, daß im Sachenrechte die Beteiligten das Rechtsverhältnis nur, soweit es ausdrücklich erlaubt ist, frei ordnen können. Aus der Unzulässigkeit einer Erweiterung der Belastung des Grundstücks über den gesetzlichen Inhalt hinaus folgt insbesondere, daß ein Vorkaufsrecht nicht mit einem fest bestimmten Preise bestellt werden kann (Rspr. 4 S. 69; RG. 29 S. A 171; Seuff. Arch. 59 Nr. 56; vgl. M. III S. 453, Kretzschmar II S. 369ff.).

2. Bezüglich der **Anwendbarkeit der §§ 504—514** wird im allgemeinen auf die Erl. zu diesen Paragraphen (Bd. II S. 414ff.) verwiesen. Hier ist über das Ergebnis, zu welchem ihre Anwendbarkeit führt, folgendes zu bemerken:

a) **Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts.** Nach § 504 kann der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen **Kaufvertrag über das belastete Grundstück oder über einen Teil desselben** (M. II S. 346) geschlossen hat. Der Vertrag mit dem Dritten muß geschlossen und formell (§ 313) und materiell gültig sein. Es muß sich um einen Kaufvertrag handeln. Der Abschluß eines anderen entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrags berechtigt nicht zur Ausübung des Vorkaufsrechts. Zur Ausübung berechtigt also z. B. nicht ein Tauschvertrag oder ein Vertrag, durch welchen behufs Auseinandersetzung einer Gemeinschaft ein Grundstück einem der Teilhaber überwiesen wird, mag auch die Überweisung in die Form eines Kaufvertrags gekleidet sein (s. RG. in JW. 1895 S. 528). Über Ausnahmen s. §§ 507 Satz 2, 511, 512. Es genügt, daß nur ein Teil des Grundstücks verkauft wird; übt der Vorkaufsberechtigte hinsichtlich des abverkauften Teiles sein Vorkaufsrecht nicht aus, so geht es hinsichtlich dieses Teiles unter; für das Restgrundstück bleibt es auch dann bestehen, wenn es nur für einen Verkaufsfall bestellt ist.

b) **Art und Wirkung der Ausübung.** Aus der Anwendbarkeit des § 505 Abs. 1 ergibt sich, daß auch die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts durch formlose Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten erfolgt. Die Erklärung gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten ist auch dann erforderlich und genügend, wenn das Eigentum an dem Grundstücke bereits auf den Käufer des Vorkaufsverpflichteten oder von diesem auf eine andere Person übertragen ist.

Mit der Erklärung kommt nach § 505 Abs. 2 der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat. Der Vorkaufsberechtigte tritt also nicht in den zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten geschlossenen Vertrag ein, sondern es kommt ein neuer Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den vom letzteren mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zustande. Das Eigentum geht natürlich mit der Ausübung des Vorkaufsrechts noch nicht auf den Vorkaufsberechtigten über; hierüber s. unter Erl. 3.

Die Ernstlichkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Berechtigte nicht beabsichtigt, das Grundstück für sich zu erwerben, sondern es dem Eigentümer zurückzugeben. Es genügt, daß der Berechtigte die Absicht hat, die Verfügung über das Grundstück zu erlangen; wie er verfügt, ist gleichgültig (Rspr. 7 S. 37).

c) **Unwirksame Vereinbarungen.** Eine Vereinbarung des Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam (§ 506). Hiervon abgesehen gelten Bedingungen und der Vorbehalt des Rücktritts aus anderen Gründen auch gegenüber dem Vorkaufsberechtigten.

d) Über den Fall, daß in dem Vertrage zwischen dem Dritten und dem Vorkaufsverpflichteten **Nebenleistungen** vereinbart sind, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken außerstande ist, trifft der § 507 Fürsorge.

e) Der § 508 behandelt den sog. **Mengekauf**, d. h. den Fall, daß der Dritte das Grundstück, welches Gegenstand des Vorkaufsrechts ist, mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreise gekauft hat.

f) Ist dem Dritten in dem Vertrage **der Kaufpreis gestundet** worden, so kann der Vorkaufsberechtigte die Stundung nur in Anspruch nehmen, wenn er für den gestundeten Betrag

Sicherheit leistet. Ist ein Grundstück Gegenstand des Vorkaufs, so bedarf es der Sicherheitsleistung insoweit nicht, als für den gestundeten Kaufpreis die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstücke vereinbart oder in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, übernommen worden ist (§ 509). Im Falle der Schuldübernahme kann, wie in der Erl. 2b zu § 509 (Bd. II S. 418) dargelegt ist, der Vorkaufsverpflichtete dem Berechtigten die Auflassung nicht bis zur Zahlung des Kaufpreises oder bis zur Sicherheitsleistung verweigern.

g) **Anzeigepflicht und Ausschlußfrist.** Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilung des Verpflichteten wird durch die Mitteilung des Dritten ersetzt (§ 510 Abs. 1). Diese Vorschrift wird durch die Bestimmung des § 1099 modifiziert. Unterbleibt die Mitteilung, so läuft die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht (§ 902; s. Bd. II S. 419 Erl. 2a zu § 510). Da zur Ausübung des Vorkaufsrechts nur der Abschluß des Kaufvertrags erforderlich ist, so kann die Ausübung auch schon vor der Anzeige erfolgen und der Vorkaufspflichtige kann nicht durch Vereinbarung mit dem Dritten von dem Kaufvertrag abgehen und zwar auch dann nicht, wenn der Vorkaufsberechtigte sein Recht noch nicht ausgeübt hat.

Das dingliche Vorkaufsrecht kann nur bis zum Ablaufe von zwei Monaten nach Empfang der Mitteilung oder, wenn zur Ausübung eine Frist bestimmt ist, bis zum Ablaufe dieser Frist ausgeübt werden (§ 510 Abs. 2). Die Vereinbarung einer Frist bedarf zur Wirksamkeit der Eintragung; die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung steht der Eintragung gleich.

h) **Sog. Kindskauf.** Das Vorkaufsrecht erstreckt sich im Zweifel nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt (§ 511). Ist das Vorkaufsrecht auf einen Verkaufsfall beschränkt, so geht es mithin im Falle des § 511 unter. Ebenso Immerwahr a. a. O. S. 297; a. A. Biermann Erl. 1 zu § 1097, Fuchs S. 350, Staudinger III S. 354, Willenbücher S. 134, nach welchen das Vorkaufsrecht im Falle des Verkaufs an einen gesetzlichen Erben nur ruht und ausgeübt werden kann, sobald der Erbe verkauft.

i) Nach § 512 ist das obligatorische Vorkaufsrecht ausgeschlossen, wenn der **Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter** erfolgt; bezüglich des dinglichen Vorkaufsrechts ist zu unterscheiden.

Wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, so ist auch die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts ausgeschlossen. Wie die Überschriften des ersten und zweiten Abschnitts des ZVG. ergeben (vgl. RG. 36 S. 358), kann unter dem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung nicht die Zwangsversteigerung auf Antrag des Erben (ZVG. §§ 175 bis 179) und nicht die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (ZVG. §§ 180—184) verstanden werden; dies stimmt mit den M. II S. 350 überein. Im Falle der Teilungsversteigerung insbesondere kann mithin ein auf dem ganzen Grundstücke ruhendes Vorkaufsrecht geltend gemacht werden. Bei einer Zwangsvollstreckung kann der Vorkaufsberechtigte den Zweck seines Rechtes dadurch erreichen, daß er das bisher höchste Gebot um einen geringfügigen Betrag überbietet.

Für den Fall des Verkaufs durch den Konkursverwalter durchbricht der § 1098 Abs. 1 Satz 2 den § 512. Danach ist die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts nur dann ausgeschlossen, wenn der Konkursverwalter die Zwangsversteigerung des Grundstücks nach §§ 172 ff. des ZVG. betreibt. Verkauft der Konkursverwalter dagegen das Grundstück freihändig, so kann das Vorkaufsrecht ausgeübt werden.

Ein nur für einen Verkaufsfall bestelltes Vorkaufsrecht erlischt mithin durch den Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder seitens des Konkursverwalters, letzteren Falles jedoch nur, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Im Falle der Zwangsversteigerung erlischt es auch dann, wenn es mit dem Range vor dem Rechte des Gläubigers eingetragen ist oder ihm gleichsteht. Ein für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestelltes Vorkaufsrecht dagegen erlischt im Falle der Zwangsversteigerung nur unter denselben Voraussetzungen, wie jedes andere Recht an dem Grundstück; es ist, wenn es den Rang vor dem Rechte des betreibenden Gläubigers hat, im geringsten Gebote zu berücksichtigen und bleibt dann nach Maßgabe der Versteigerungsbedingungen für künftige Fälle bestehen (s. auch S. 111 Erl. 2 zu § 882). Über die Frage, ob für das durch den Zuschlag erlöschende Vorkaufsrecht ein Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse (§ 92 ZVG.) besteht, s. die Kommentare zum ZVG. von Jaeckel, Reinhard, Fischer u. Schaefer zu § 92 ZVG., Kretzschmar I S. 215, II S. 357.

k) Gemeinschaftliches Vorkaufsrecht. Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im ganzen auszuüben (§ 513).

l) Übertragbarkeit und Vererblichkeit. Das obligatorische Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Ist das Recht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich (§ 514).

Aus der Anwendbarkeit des § 514 auf das dingliche Vorkaufsrecht ergibt sich, daß auch dieses regelmäßig nicht vererblich und nicht übertragbar ist, daß aber sowohl die Vererblichkeit als auch die Übertragbarkeit durch besondere Vereinbarung im Bestellungsvertrag oder nach Maßgabe des § 877 später begründet werden kann (RG. 29 S. A 171; a. M. Immerwahr a. a. O. S. 290ff.); bei einem befristeten Vorkaufsrecht ist im Zweifel anzunehmen, daß die Vererblichkeit auch ohne ausdrückliche Bestimmung im Bestellungsvertrage vereinbart sei. Die Eigenschaft der Vererblichkeit und der Übertragbarkeit bedarf nach §§ 873, 877 zur Wirksamkeit der Eintragung in das Grundbuch; bei einem befristeten Vorkaufsrechte muß die Nichtvererblichkeit in das Grundbuch eingetragen sein. Ist das Vorkaufsrecht nicht übertragbar, so ist es auch unbelastbar (§§ 1069, 1274) und unpfändbar (CPO. §§ 851, 857). Für den Fall der Übertragbarkeit s. S. 441f. Erl. 1 zu § 1068, S. 443f. Erl. 2 zu § 1069 und Erl. zu § 1274, Kretzschmar II S. 355f.

Das durch die Ausübung des Vorkaufsrechts erlangte Recht ist unbeschränkt vererblich und übertragbar.

Ist das Vorkaufsrecht als ein subjektiv dingliches Recht (§ 1094 Abs. 2) bestellt, so ist es nicht selbständig übertragbar oder vererblich, sondern teilt das Schicksal des Grundstücks, zu dessen Gunsten es bestellt ist (s. Erl. 3 zu § 1094).

3. Der Abs. 2 regelt die Wirkungen des dinglichen Vorkaufsrechts im Verhältnisse zwischen dem Vorkaufsberechtigten und Dritten. Unter den Dritten versteht der Abs. 2 diejenigen, welche nicht als Verpflichtete im Sinne des Abs. 1 erscheinen, also diejenigen, welche von dem Verpflichteten das Grundstück oder ein Recht an dem Grundstück erworben haben und deren Erwerb infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts unwirksam wird. Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht nach dem Abs. 2 die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums. Die Wirkung einer Vormerkung aber besteht nach § 883 Abs. 2 darin, daß eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde; dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

a) Bis zu seiner Ausübung hat mithin das Vorkaufsrecht überhaupt keine Wirkungen. Es hindert den Verpflichteten nicht, das Grundstück zu belasten oder einen Veräußerungsvertrag über das Grundstück abzuschließen. Es verhindert nicht einmal, daß der Verpflichtete einem Dritten das Eigentum überträgt. Ebensowenig sind Dritte gehindert, im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung ein Recht an dem Grundstücke zu erlangen.

b) Wird das Vorkaufsrecht ausgeübt, so ist zwischen den Wirkungen des Vorkaufsrechts auf den Erwerber des Grundstücks und auf Dritte zu unterscheiden.

Hat der Erwerber des Grundstücks im Zeitpunkte der Ausübung des Vorkaufsrechts (§ 505) mit dem Vorkaufsverpflichteten vorerst nur den Kaufvertrag abgeschlossen und ist der Vorkaufsverpflichtete bereit, das Grundstück dem Vorkaufsberechtigten aufzulassen, so steht der Dritte der Auflassung nicht entgegen. Wird dem Berechtigten das Grundstück von dem Verpflichteten aufgelassen, so tritt der Dritte zum Berechtigten in kein Rechtsverhältnis. Die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts unterscheidet sich in diesem Falle nicht von der des obligatorischen. Die Auseinandersetzung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dessen Käufer berührt den Vorkäufer nicht.

Wird dem Dritten das Grundstück aufgelassen, so vernichtet die Ausübung des Vorkaufsrechts den Eigentumserwerb des Dritten nicht von selbst. Der Dritte kann sein Eigentum sogar weiter übertragen und das Grundstück weiter belasten. Der Vorkaufsberechtigte hat sich an den Vorkaufsverpflichteten zu halten und von ihm die Auflassung zu verlangen. Der Vorkaufsverpflichtete bleibt, trotzdem er sein Eigentum an den Dritten übertragen hat, zur Auflassung an den Vorkaufsberechtigten befugt. Der eingetragene Käufer und sein Gesamt- wie Sondernachfolger sind aber, da ihre Eintragung als Eigentümer dem Vorkaufsberechtigten gegen-

§. 1099. Gelangt das Grundstück in das Eigenthum eines Dritten, so kann dieser in gleicher Weise wie der Verpflichtete dem Berechtigten den Inhalt des Kaufvertrags mit der im §. 510 Abs. 2 bestimmten Wirkung mittheilen.

Der Verpflichtete hat den neuen Eigenthümer zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt oder ausgeschlossen ist.

über unwirksam ist, nach § 888 verpflichtet, die gemäß § 19 der GBO. erforderliche Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer zu erteilen und ihm das Grundstück, wenn sie es besitzen, herauszugeben. Gegenüber der Klage des Vorkaufsberechtigten auf Erteilung der Zustimmung oder auf Herausgabe kann der dritte Erwerber alle Einwendungen vorschützen, die dem Vorkaufsverpflichteten dem Vorkaufsberechtigten gegenüber zustehen, z. B. daß die letztwillige Verfügung, auf der das Vorkaufsrecht beruht, nichtig ist. Der E. I § 955 hatte dies ausdrücklich ausgesprochen, die Bestimmung ist im E. II gestrichen worden, weil der Anspruch gegen den Dritten selbstverständlich von dem Bestande des Anspruchs des Berechtigten gegen den Vorkaufsverpflichteten abhänge (P. II Bd. 3 S. 763). Die Verbindung der Klage gegen den Vorkaufsverpflichteten auf Erteilung der Auflassung und der Klage gegen den Dritten auf Erteilung der Zustimmung sowie auf Herausgabe dürfte zulässig sein (so auch Immerwahr S. 309, s. oben S. 126 Erl. I 2 zu § 888). Hat der Vorkaufsberechtigte seine Eintragung als Eigentümer erlangt, so hat dies noch die weitere Wirkung, daß nunmehr die Auseinandersetzung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und seinem Käufer (dem Vorkäufer) nach Maßgabe der §§ 1100, 1101 erfolgt.

Gegenüber Dritten, die vor dem Eintritte des Vorkaufsfalls ein Recht an dem Grundstück erworben haben, ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ohne Bedeutung. Eine von dem Vorkaufsverpflichteten auf das Grundstück gelegte Hypothek z. B. wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht unwirksam (a. A. Immerwahr S. 327 ff., Fuchs S. 353, Biermann S. 286 Erl. 2). Daraus, daß das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung hat und nach § 883 Abs. 2 jede Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch beeinträchtigen würde, scheint freilich die weitergehende Wirkung des Vorkaufsrechts zu folgen, daß alle von dem Vorkaufsverpflichteten oder dem neuen Eigentümer auf das Grundstück gelegten Lasten dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam sind. Allein es ist zu beachten, daß der Vorkaufsberechtigte durch die vor dem Eintritte des Vorkaufsrechts auferlegten Lasten nicht beeinträchtigt wird, denn bei dem Kaufpreise werden diese Lasten berücksichtigt, der Vorkaufsberechtigte hat also einen um die Lasten geringeren Kaufpreis zu bezahlen, als er ohne die Lasten zu bezahlen hätte. Lasten, die nach dem Eintritte des Vorkaufsfalls auf das Grundstück gelegt werden, sind dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam, denn durch sie wird sein Recht zweifellos beeinträchtigt. A. M. Kretzschmar II S. 366 und Oberneck 3. Aufl. I S. 597 ff.; diese betrachten nicht den Zeitpunkt des Eintritts des Vorkaufsfalls als entscheidend, sondern ersterer die Eintragung des neuen Eigentümers und letzterer die Ausübung des Vorkaufsrechts.

§ 1099.

E. I § 956; II § 1080 rev. § 1083; III § 1082. P. I S. 3773; M. III S. 456. P. II Bd. 3 S. 763 f.; Bd. 6 S. 174.

1. **Befugnis zur Mitteilung des Kaufvertrags.** Nach § 510 Abs. 1 hat der Verpflichtete dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen; die Mitteilung des Verpflichteten wird durch die Mitteilung des Dritten, d. h. desjenigen, welcher mit dem Vorkaufsverpflichteten den Kauf abgeschlossen hat, ersetzt. Diese Vorschrift gilt nach § 1098 Abs. 1 auch für das dingliche Vorkaufsrecht. Der § 1099 Abs. 1 gibt nun die Befugnis, an Stelle des Verpflichteten den Inhalt des Vertrags dem Berechtigten mitzuteilen, auch demjenigen eingetragenen Eigentümer, welcher nicht von dem Vorkaufsverpflichteten, sondern von einer anderen Person das Eigentum erworben hat. Vor Erlangung des Eigentums steht die Mitteilungsbefugnis einer anderen Person als dem Käufer des Vorkaufsverpflichteten nicht zu. Selbstverständlich kommt stets nur die Mitteilung des Inhalts des zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und seinem Käufer geschlossenen Vertrags in Betracht. Über die Haftung des Vorkaufsverpflichteten für den Fall, daß die Mitteilung zu spät erfolgt, gilt das in der Erl. 1 zu § 510 (Bd. II S. 418) Gesagte auch von der Mitteilung des eingetragenen Eigentümers.

§. 1100. Der neue Eigenthümer kann, wenn er der Käufer oder ein Rechtsnachfolger des Käufers ist, die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigenthümer und die Herausgabe des Grundstücks verweigern, bis ihm der zwischen dem Verpflichteten und dem Käufer vereinbarte Kaufpreis, soweit er berichtigt ist, erstattet wird. Erlangt der Berechtigte die Eintragung als Eigenthümer, so kann der bisherige Eigenthümer von ihm die Erstattung des berichtigten Kaufpreises gegen Herausgabe des Grundstücks fordern.

---

2. **Wirkung der Mitteilung.** Die von dem eingetragenen Eigentümer ausgehende Mitteilung hat, auch wenn der Eigentümer nicht der Käufer des Vorkaufsverpflichteten ist, die gleiche Wirkung, wie wenn der Vorkaufsverpflichtete selbst die Mitteilung gemacht hätte. Sie setzt die im § 510 bestimmte Ausschlußfrist für die Ausübung des Vorkaufsrechts in Lauf; wird das Vorkaufsrecht nicht innerhalb der Frist ausgeübt, so ist die Ausübung ausgeschlossen und zwar auch gegenüber dem Verpflichteten. Mit dem Ausschluß ist das Vorkaufsrecht erloschen, wenn es sich auf weitere Verkaufsfälle nicht mehr erstreckt.

3. **Die Ausübung des Vorkaufsrechts** kann nach der zufolge des § 1098 auch für das dingliche Vorkaufsrecht geltenden Vorschrift des § 505 Abs. 1 nur durch Erklärung des Vorkaufsberechtigten **gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten** erfolgen und zwar auch dann, wenn die Mitteilung des Inhalts des Kaufvertrags nicht durch den Vorkaufsverpflichteten, sondern nach § 510 Abs. 1 durch dessen Käufer oder nach § 1099 Abs. 1 durch den neuen Eigentümer erfolgt ist.

4. **Benachrichtigungspflicht des Vorkaufsverpflichteten (Abs. 2).** Durch den Abs. 2 des § 1099 wird dem Vorkaufsverpflichteten die Verpflichtung auferlegt, den neuen Eigentümer zu benachrichtigen, wenn das Vorkaufsrecht ausgeübt oder die Ausübung infolge fruchtlosen Fristablaufs ausgeschlossen ist. Durch die Vorschrift des § 505 Abs. 1 ist der Vorkaufsverpflichtete zu dieser Benachrichtigung auch dann in die Lage versetzt, wenn nicht er, sondern der neue Eigentümer den Verkauf dem Berechtigten angezeigt hat. Unter dem neuen Eigentümer versteht der Abs. 2 denjenigen, welcher zu der Zeit, als die Ausübung erfolgt oder ausgeschlossen ist, Eigentümer ist, also nicht nur denjenigen, welcher von dem Vorkaufsverpflichteten das Eigentum erworben hat, sondern auch einen späteren Erwerber des Grundstücks (a. M. Biermann S. 288, Willenbücher S. 128, Turnau-Förster I S. 522). Dies hängt mit der Art und Weise zusammen, in welcher in den §§ 1100—1102 die Auseinandersetzung wegen des Kaufpreises zwischen den Beteiligten geregelt ist.

Verletzung der Benachrichtigungspflicht macht den Vorkaufsverpflichteten schadensersatzpflichtig.

Der Abs. 2 bezieht sich nur auf den Fall, daß der Käufer das Eigentum erlangt hat. Ob der Vorkaufspflichtige zu der Mitteilung an seinen Käufer auch dann verpflichtet ist, wenn die Ausübung erfolgt, bevor der Käufer das Eigentum erlangte, bestimmt sich nach dem zwischen ihnen bestehenden obligatorischen Verhältnisse.

§ 1100.

E. I § 957 Abs. 2, 5; II § 1009 rev. § 1084; III § 1083. P. I S. 3775, 4185, 6157, 6225, 11969; M. III S. 457. P. II Bd. 3 S. 758 ff.

1. **Erlangt der Käufer seine Eintragung als Eigentümer nicht** — mag er auch den Besitz erlangt haben (a. M. für letzteren Fall Immerwahr a. a. O. S. 335, 337) —, so kann er sich wegen des von ihm durch Zahlung oder in sonstiger Weise berichtigten Kaufpreises nur an seinen Verkäufer halten, nicht an den Vorkäufer. Die Rechte des Käufers gegenüber seinem Verkäufer bestimmen sich nach § 440.

2. **Erlangt dagegen der Käufer seine Eintragung als Eigentümer,** so gibt ihm der § 1100 das Recht, sich wegen des von ihm berichtigten Kaufpreises an den Vorkäufer zu halten.

a) **Zurückbehaltungsrecht.** An den Vorkäufer kann er sich zunächst nur in der Weise halten, daß er die Zustimmung zur Eintragung des Vorkäufers als Eigentümers (s. Erl. 3 zu § 1098) und die Herausgabe des Grundstücks solange verweigert, bis ihm der zwischen ihm und dem Vorkaufsverpflichteten vereinbarte Kaufpreis, soweit er berichtigt ist, erstattet worden ist. Die Herausgabe des Grundstücks kann er übrigens auch dann verweigern, wenn er die Zustimmung zur Eintragung des Vorkäufers als Eigentümers erteilt hat. Die Verweigerung der Zustimmung zur Eintragung und die Verweigerung der Herausgabe des Grundstücks stellen sich als Einrede

des Zurückbehaltungsrechts dar und unterliegen den Vorschriften der §§ 273, 274. Die Geltendmachung der Einrede führt zur Verurteilung der Leistung Zug um Zug.

b) Anspruch auf Erstattung des berichtigten Kaufpreises. Erlangt der Vorkäufer die Eintragung als Eigentümer, so hat der Käufer auch ein Forderungsrecht gegen ihn wegen des dem Vorkaufsverpflichteten berichtigten Kaufpreises. Mit der Erlangung dieses Anspruchs wird einerseits der Vorkäufer von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises (§ 1101), andererseits der Vorkaufsverpflichtete gegenüber seinem Käufer von der Rückerstattung des ihm von dem Käufer berichtigten Kaufpreises frei (§ 1102). Hieraus folgt, daß der Käufer nicht die Wahl hat, ob er sich wegen des von ihm schon berichtigten Kaufpreises an seinen Verkäufer oder an den Vorkäufer wendet, wie Endemann II S. 436 annimmt; der Käufer kann sich nur an den Vorkäufer halten. Die Erstattung des Kaufpreises kann der Käufer von dem Vorkäufer aber nur gegen Herausgabe des Grundstücks fordern. Selbstverständlich hat er das Erstattungsrecht auch dann, wenn er das Grundstück dem Vorkäufer schon ohne vorherige Erstattung des Kaufpreises herausgegeben hat. Der Erstattungsanspruch muß ihm übrigens auch dann zustehen, wenn er nie in den Besitz des Grundstücks gelangt ist, sofern nur der Vorkäufer seine Eintragung als Eigentümer erlangt.

Der § 1100 benimmt dem Vorkäufer, wenn der Käufer bereits einen Teil des Kaufpreises bezahlt und seine Eintragung als Eigentümer erlangt hat, die Möglichkeit, mit einer ihm gegen den Vorkaufsverpflichteten zustehenden Forderung gegen die aus dem Vorkaufe geschuldete Forderung aufzurechnen. Durch den § 1100 wird verhütet, daß der Dritte, d. h. der Käufer, darauf angewiesen ist, den von ihm gezahlten Kaufpreis von dem Vorkaufsverpflichteten zu kondizieren und so die Gefahr einer etwaigen Zahlungsunfähigkeit desselben zu tragen.

3. Das im Satz 1 bestimmte Zurückbehaltungsrecht sowie das im Satz 2 bestimmte Forderungsrecht auf Erstattung des Kaufpreises hat nicht nur der Käufer des Vorkaufsverpflichteten, sondern wenn das Grundstück von dem Käufer weiter verkauft worden ist, **auch der zweite und fernere Käufer,** vorausgesetzt, daß er seine Eintragung als Eigentümer erlangte. Er kann aber diese Rechte nur ausüben, soweit der zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dessen Käufer vereinbarte Kaufpreis berichtigt ist; ob der zweite Käufer den an seinen Verkäufer geschuldeten Kaufpreis berichtigt hat, kommt nicht in Betracht. Hat z. B. B das zugunsten des A mit einem Vorkaufsrechte belastete Grundstück um 1000 an C und dieser es um 1200 an D verkauft und aufgelassen, so kann D, wenn er den ganzen Kaufpreis an C, dieser aber nur 500 an B bezahlt hat, die im § 1100 ihm eingeräumten Rechte nur für den Betrag von 500 geltend machen, für den Rest kann er sich nur an C halten.

4. **Auf den Anspruch des dritten Erwerbers auf Erstattung von Verwendungen und die Haftung desselben für Erhaltung und Verwahrung** des Grundstücks sollten nach dem E. I § 957 Abs. 3 die Vorschriften Anwendung finden, welche für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer gelten, mit der Maßgabe, daß an Stelle des Zeitpunkts, in welchem der Eigentumsanspruch rechtshängig geworden ist, der Zeitpunkt tritt, in welchem die Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Dritten erklärt ist. Eine Erstattung der Nutzungen wurde nicht besonders bestimmt, weil regelmäßig die Nutzungen des Preises und der Sache sich kompensieren und deshalb Nutzungsersatz nur in der Form des Schadensersatzes wegen Verzugs zu fordern sei (M. III S. 458). In der zweiten Kommission wurde diese Bestimmung gestrichen; die Gründe hierfür gehen aus den P. II Bd. 3 S. 758 ff. nicht hervor. Mit Rücksicht auf das Fehlen von Sonderbestimmungen dürften nunmehr für die Verpflichtung des dritten Erwerbers zur Herausgabe der von ihm gezogenen Nutzungen und für seine Haftung für Untergang oder Verschlechterung des Grundstücks sowie für die Gegenansprüche des dritten Erwerbers wegen Verwendungen, z. B. wenn er Hypothekenzinsen bezahlt hat, die Vorschriften des § 292 maßgebend sein. Ebenso Oberneck 3. Aufl. I S. 597, Staudinger III S. 357, Neumann Note 4, während Fuchs S. 355 und Willenbücher S. 139 die §§ 1001—1003 für ohne weiteres anwendbar erklären; a. A. Biermann S. 289 Erl. 2a, Turnau-Förster I S. 522f. und Kretzschmar II S. 368, welche dem Dritten einen Anspruch nur beim Vorliegen besonderer Voraussetzungen, z. B. beim Vorhandensein der Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung geben.

5. Der Vorkaufsberechtigte hat dem Dritten **nur den Kaufpreis** nach Maßgabe des § 1100 zu ersetzen. Die **Lasten** des von dem Dritten mit dem Vorkaufsverpflichteten abgeschlossenen Kaufvertrags oder die Kosten der Auflassung an den Dritten hat er nicht zu ersetzen.

6. Die Vorschriften des § 1100 beziehen sich **nur auf denjenigen neuen Eigentümer, welcher das Grundstück von dem Vorkaufspflichtigen gekauft hat,** und auf dessen Rechtsnachfolger

§. 1101. Soweit der Berechtigte nach §. 1100 dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger den Kaufpreis zu erstatten hat, wird er von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises frei.

§. 1102. Verliert der Käufer oder sein Rechtsnachfolger in Folge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts das Eigenthum, so wird der Käufer, soweit der von ihm geschuldete Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, von seiner Verpflichtung frei; den berichtigten Kaufpreis kann er nicht zurückfordern.

Hätte der Vorkaufspflichtige das Grundstück nach Abschluß des zu der Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigenden Kaufvertrags an einen Dritten übertragen, so stehen diesem die in dem § 1100 bestimmten Rechte nicht zu; er ist vielmehr, ohne daß ihm eine Einrede oder eine Gegenforderung zusteht, die Zustimmung zu der Auflassung an den Vorkaufsberechtigten zu erteilen verpflichtet.

§ 1101.

E. II § 1010 rev. § 1085; III § 1084. P. II Bd. 3 S. 758.

Der § 1101 ist eine Folge des § 1100. Der Umstand, daß der Käufer oder dessen Rechtsnachfolger von dem Vorkäufer die Bezahlung des Kaufpreises verlangen kann, wirkt hiernach wie die Zahlung seitens des Vorkäufers an den Vorkaufspflichtigen.

§ 1102.

E. II § 1011 rev. § 1086; III § 1085. P. II Bd. 3 S. 764f.

1. **Hat der Käufer oder sein Rechtsnachfolger die Eintragung als Eigentümer nicht erlangt,** so findet die Auseinandersetzung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und seinem Käufer bezw., wenn dieser weiter verkauft hat, zwischen ihm und seinem Käufer nur zwischen diesen Personen statt. Das Verhältnis bestimmt sich lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Verträge und den im Falle schuldhafter Nichterfüllung geltenden Bestimmungen. Der Käufer kann die Zahlung des Kaufpreises, wenn der Verkäufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt, verweigern und nach Maßgabe der §§ 325, 326 Schadensersatz fordern oder von dem Vertrage zurücktreten.

2. **Hat aber der Käufer oder sein Rechtsnachfolger die Eintragung als Eigentümer erlangt,** so wird der Vorkäufer in die Auseinandersetzung nach Maßgabe des § 1100 mit hereingezogen. Behufs Vereinfachung des Verhältnisses bestimmt der § 1102, daß der Käufer, soweit der Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, von der Verpflichtung zur Bezahlung frei wird; bezüglich des berichtigten Kaufpreises aber verweist er den Käufer in diesem Falle an den Vorkäufer. Von diesem muß der Käufer nach Maßgabe des § 1100 den berichtigten Kaufpreis zu erlangen suchen, von seinem Verkäufer, d. h. dem Vorkaufsverpflichteten kann er ihn nicht zurückfordern. Fuchs S. 355 Note 4 will den § 1102 schon dann anwenden, wenn der Vorkäufer sein Vorkaufsrecht geltend macht. Dies entspricht weder dem Wortlaute noch dem Zwecke der Vorschrift.

3. **Der § 1102 bezieht sich lediglich auf das Verhältnis zwischen dem Käufer und dem vorkaufsverpflichteten Verkäufer,** nicht auch auf das Verhältnis zwischen dem Käufer und demjenigen, an welchen dieser etwa weiter verkauft hat. Das Verhältnis zwischen den beiden letzteren bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen unter Berücksichtigung der Vorschriften des § 1100. Dies hängt damit zusammen, daß nach § 1100 für die dort dem neuen Eigentümer eingeräumten Rechte nur der zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und seinem Käufer berichtigte Kaufpreis in Betracht kommt (s. Erl. 3 zu § 1100) und hat im § 1102 dadurch Ausdruck gefunden, daß der Konditionalsatz von dem Käufer oder seinem Rechtsnachfolger, der Hauptsatz aber nur von dem Käufer spricht. Hat z. B. B das zugunsten des A mit einem Vorkaufsrechte belastete Grundstück um 1000 an C und dieser es um 1600 an D verkauft und aufgelassen und D dem C 900 und dieser dem B 400 vom Kaufpreise bereits berichtigt, so wird C, sobald A die Eintragung als Eigentümer erlangt, von der Verpflichtung zur Bezahlung der 600 gegenüber B frei, die 400 kann er nicht mehr zurückfordern; D kann die Bezahlung der noch ausstehenden 700 verweigern und muß sich, was die gezahlten 900 betrifft, wegen 400 an A und wegen des Restes zu 500 an C halten. A hat also den Kaufpreis in der Weise zu berichtigen, daß er 400 an D und 600 an B bezahlt.

§. 1103. Ein zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht von dem Eigenthum an diesem Grundstücke getrennt werden.

Ein zu Gunsten einer bestimmten Person bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht mit dem Eigenthum an einem Grundstücke verbunden werden.

§. 1104. Ist der Berechtigte unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im §. 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erlischt das Vorkaufsrecht.

Auf ein Vorkaufsrecht, das zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks besteht, finden diese Vorschriften keine Anwendung.

---

§ 1103.

E. II § 1012 rev. § 1087; III § 1086. P. II Bd. 3 S. 765.

1. Nach Abs. 1 kann **das subjektiv dingliche Vorkaufsrecht nicht in ein subjektiv persönliches** und nach Abs. 2 kann **ein subjektiv persönliches Vorkaufsrecht nicht in ein subjektiv dingliches umgewandelt** werden. Wollen die Beteiligten eine solche Umwandelung, so kann sie nur durch Aufhebung des bisherigen und Begründung eines neuen Vorkaufsrechts erfolgen; das neue Vorkaufsrecht hat aber dann nicht von selbst den Rang des alten, sondern sein Rang bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 879, 880. War das in ein subjektiv persönliches umgewandelte bisherige subjektiv dingliche Vorkaufsrecht auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks vermerkt, so ist der Vermerk nach der Umwandelung von Amtswegen zu löschen (GBO. § 8 Abs. 2).

2. Aus der **Untrennbarkeit des subjektiv dinglichen Vorkaufsrechts** ergibt sich, daß es nur mit dem berechtigten Grundstücke zusammen veräußert und belastet werden kann und daß bei einer Veräußerung des Grundstücks mit dem Eigentum an diesem zugleich auch das Vorkaufsrecht auf den Erwerber übergeht. Infolge der Untrennbarkeit ist das subjektiv dingliche Vorkaufsrecht auch nicht für sich allein Gegenstand der Pfändung, sondern die Zwangsvollstreckung in das Grundstück ergreift auch das Vorkaufsrecht (§ 865 Abs. 1 der CPO., § 20 Abs. 2 des ZVG.); mit dem Zuschlag erwirbt der Ersteigerer das Vorkaufsrecht (ZVG. § 90 Abs. 2).

§ 1104.

E. II § 1013 rev. § 1088; III § 1087. P. II Bd. 3 S. 765; Bd. 4 S. 601.

1. **Aufgebot des subjektiv persönlichen Vorkaufsrechts.** Der § 1104 überträgt die Bestimmungen über das Aufgebot von vorgemerkten Rechten (§ 887) auf das Vorkaufsrecht. Das Aufgebot ist nur bei dem zugunsten eines bestimmten Berechtigten bestehenden Vorkaufsrechte zugelassen. Bei dem subjektiv dinglichen Vorkaufsrechte schließt es der Abs. 2 aus.

2. **Voraussetzungen des Aufgebots.** Das Aufgebot des Vorkaufsberechtigten ist zulässig, wenn die im § 1170 für das Aufgebot eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Nach § 1170 ist erforderlich, daß der Gläubiger unbekannt ist, daß zehn Jahre verstrichen sind und daß der Anspruch nicht innerhalb der Frist von dem passiv Beteiligten anerkannt worden ist. Die Frist beginnt mit der Eintragung des Vorkaufsrechts, wenn jedoch später noch eine Eintragung erfolgt ist, die sich auf das Vorkaufsrecht bezieht, mit dieser Eintragung. Die Frist bei dem Aufgebot eines vorgemerkten Rechtes nimmt, wenn der vorgemerkte Anspruch aufschiebend bedingt oder betagt ist, nicht vor dem Eintritte der Bedingung oder des Zeitpunkts den Anfang (s. S. 125 Erl. 2b zu § 887). Hieraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß die Frist beim Aufgebot eines Vorkaufsrechts erst mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, denn das Vorkaufsrecht selbst entsteht mit der Eintragung, nur seine Ausübung setzt den Verkauf voraus. Im übrigen s. Erl. zu § 1170.

3. Für das **Aufgebotsverfahren** gelten neben den allgemeinen Vorschriften der §§ 946 ff. der CPO. die in den §§ 988, 1024 der CPO. bestimmten Besonderheiten.

4. **Wirkung.** Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt nicht nur die im § 1098 Abs. 2 bestimmte Wirkung des Vorkaufsrechts gegenüber Dritten, sondern das Vorkaufsrecht selbst. Dies

Siebenter Abschnitt.
Reallasten.

gilt auch dann, wenn das Aufgebot nicht von dem Vorkaufsverpflichteten, sondern gemäß § 988 der CPO. von einem im Range gleich- oder nachstehenden dinglich Berechtigten beantragt worden ist. Infolge des Erlöschens des Vorkaufsrechts wird das Grundbuch unrichtig, die Löschung des Vorkaufsrechts erfolgt auf Grund des Urteils nach näherer Bestimmung der GBO. §§ 13, 22, 29, 30, 40ff.

Siebenter Abschnitt.

1. Über **die geschichtliche Entwickelung der Reallasten** s. M. III S. 572ff., Neubauer, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechtes der Reallasten (1879), Stobbe-Lehmann Bd. 2 Teil 2 §§ 137ff. (bei diesem insbesondere die ältere Literatur), v. Schwind in Iherings Jahrb. 33 S. 1ff.; Gierke, Deutsches Privatr. II §§ 148, 150f.

2. Über **die rechtliche Natur der Reallasten** herrscht in der Wissenschaft und Rechtsprechung des bisherigen deutschen Rechtes Streit (vgl. z. B. Pflüger im Arch. f. civ. Pr. 81 S. 292ff.; v. Schwind a. a. O. S. 93ff.; Gierke a. a. O. § 148). Nach der einen Meinung sind die Reallasten nur Forderungsrechte auf wiederkehrende Leistungen, bei welchen die Person des Verpflichteten sich durch das Eigentum an einem Grundstücke bestimmt. Nach einer anderen Meinung ist die Reallast als solche ein dingliches Recht, dagegen der Anspruch auf die einzelne Leistung ein Forderungsrecht. Eine dritte Meinung hält nicht nur das Rechtsverhältnis selbst, durch welches die Reallast begründet wird, sondern auch den Anspruch auf die einzelne Leistung für dinglich.

Das BGB. bezeichnet die Reallast als die Belastung eines Grundstücks mit wiederkehrenden Leistungen, die aus dem Grundstücke zu entrichten sind (§ 1105); die Reallast selbst sowie der Anspruch auf die einzelne Leistung sind hiernach dinglicher Natur. Nach § 1108 haftet aber der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich. Das BGB. verbindet daher mit der dinglichen Haftung des Grundstücks für die Reallast selbst sowie für die einzelne Leistung zugleich die persönliche Haftung des jeweiligen Eigentümers für die während seines Eigentums fällig werdenden Leistungen. Durch die persönliche Haftung des jeweiligen Eigentümers für die während seines Eigentums fällig werdenden Leistungen wird aber die rechtliche Natur der Last als solcher nicht berührt. Die Reallast ist trotz dieser persönlichen Haftung eine von dieser unabhängige, selbständige Belastung des Grundstücks (s. Erl. 5 zu § 1105).

3. **Der Inhalt der Reallasten** besteht darin, daß dem Berechtigten wiederkehrende Leistungen aus dem belasteten Grundstücke zu entrichten sind. Die Leistung kann in einem Geben — von Geld oder Naturalien — oder in einem Tun bestehen. Wegen der Zulässigkeit der auf ein Unterlassen gerichteten Reallasten s. Erl. 2b zu § 1105.

Der Berechtigte kann eine bestimmte Person (subjektiv persönliche Reallast) oder der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks (subjektiv dingliche Reallast) sein (§ 1105 Abs. 2).

4. Über **die Begründung** von Reallasten durch Rechtsgeschäft enthält das BGB. keine besonderen Vorschriften. Die Bestellung erfolgt mithin nach Maßgabe der §§ 873, 874, 878 durch die Einigung zwischen dem Reallastberechtigten und dem Eigentümer des zu belastenden Grundstücks und die Eintragung im Grundbuche. Die Eintragung erfolgt auf dem Grundbuchblatte des belasteten Grundstücks; sie wird im Falle der subjektiv dinglichen Reallast nach Maßgabe der GBO. § 8 auf dem Blatte des Grundstücks, zu dessen Gunsten sie besteht, vermerkt. Der obligatorische Vertrag ist formfrei; § 313 findet keine Anwendung.

Fälle einer kraft Gesetzes entstehenden Reallast kennt das BGB. nicht außer den reallastähnlichen Fällen der Überbau- und Notwegsrenten und der mit gewissen Grunddienstbarkeiten verbundenen Unterhaltungspflichten (§ 912 Abs. 2, § 917 Abs. 2, § 1022 Satz 2).

Durch Ersitzung kann eine Reallast auch in den Schranken des § 900 Abs. 2 nicht begründet werden.

Über die Begründung von Reallasten kann die **Landesgesetzgebung** nur, soweit ein allgemeiner Vorbehalt wie z. B. der der Zusammenlegung (EG. Art. 113) reicht, Vorschriften treffen.

5. Wegen der **Übertragbarkeit und Übertragung** sowie wegen der **Vererblichkeit** der Reallast und der einzelnen Leistungen aus der Reallast s. Erl. zu §§ 1107, 1111.

6. Auch über die **Aufhebung** der Reallasten durch Rechtsgeschäft sieht das BGB. keine besonderen Vorschriften vor. Die rechtsgeschäftliche Aufhebung regelt sich mithin nach den §§ 875, 876, 878. Weitere reichsrechtlich vorgesehene Erlöschungsgründe der Reallast sind Tabularversitzung nach Maßgabe des § 901, die praktisch freilich sehr wenig in Betracht kommt, Aufgebot des unbekannten Berechtigten bei der subjektiv persönlichen Reallast (§ 1112), Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks (ZVG. § 92 und EG. z. ZVG. § 9) und die allgemeinen Grundsätze des Todes bei einer auf Lebenszeit des Berechtigten begründeten Reallast (z. B. Altenteil), des Eintritts der auflösenden Bedingung, des Ablaufs der auflösenden Befristung. Bezüglich der Tabularversitzung (§ 901) ist übrigens streitig, ob sie die Reallast als Ganzes oder nur die einzelnen fälligen Leistungen treffen kann (vgl. Bd. I S. 371 Erl. 2 zu § 224); für letzteres **Cosack** II § 237 Ziff. IV 2 S. 271, **Oberneck** 3. Aufl. I S. 340, **Schilde** a. (S. 143) a. O. S. 39 f., für ersteres mit Recht **Fuchs** S. 193, da bei der besonderen Natur der Reallast ein Gesamtanspruch wohl anzunehmen ist.

Die wichtigsten Beendigungsgründe der Reallast sind landesgesetzlich geordnet; s. Vorbm. 8.

7. **Rechtsschutz.** Der Reallastberechtigte hat für die einzelne Leistung die dingliche Klage aus § 1107 und die persönliche Klage aus § 1108, in Ansehung des Rechtes als solchen die Feststellungsklage, wenn die allgemeinen Voraussetzungen einer solchen gegeben sind. Ist nach Landesrecht (EG. Art. 113, s. Vorbm. 8) eine Reallast ablösbar und die Ablösungssumme fällig, so kann der Berechtigte auch die Leistungsklage erheben. Hierzu vgl. Erl. 13 zu § 1107. Possessorische Rechtsmittel stehen ihm nicht zu.

8. **Die Regelung des BGB. ist keine vollständige, die Landesgesetzgebung** ist vielmehr in weitem Umfange berufen, die Regelung des BGB. zu ergänzen. Die wichtigsten der in Betracht kommenden Vorbehalte sind in den Art. 113, 115 des EG. enthalten. Nach dem Art. 113 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Ablösung, Umwandelung oder Einschränkung von Reallasten unberührt. Nach dem Art. 115 kann die Landesgesetzgebung die Belastung eines Grundstücks mit Reallasten untersagen oder beschränken und den Inhalt und das Maß der Reallasten näher bestimmen. Wegen des hiernach geltenden Rechtszustandes vgl. Bd. VI S. 232 f., 235 f. Erl. zu Art. 113, 115, **Oberneck** 3. Aufl. I S. 605 ff., 620 ff., und für Preußen auch **Dernburg** III § 201, **Turnau-Förster** I S. 527, **Fuchs** S. 360 sowie die in Bd. VI S. 12 angegebenen Kommentare zum preuß. AG. von **Stranz-Gerhard**, **Müller-Crusen**, **Reimer-Böhlau** zu Art. 30 des preuß. AG., für Bayern **Staudinger** III S. 359 f. und den Kommentar von **Henle-Schneider** zu Art. 85 des AG. zum BGB., für Württemberg **Mandry**, das württemb. Privatr. S. 208 ff. und **Klumpp** S. 650 ff., für Baden **Dorner**, Kommentar zu Art. 26 AG. z. BGB., für Sachsen **Kretzschmar** II S. 386 ff.

Von Bedeutung sind ferner die allgemeinen Vorbehalte des Enteignungsrechts (Art. 109), der Zusammenlegung und Gemeinheitsteilung (Art. 113), der Verschuldungsgrenze (Art. 117 Abs. 1). An weiteren in Betracht kommenden Vorbehalten s. Art. 62, 114, 118, 120, 121, 132 des EG.

Über **einzelne Reallasten** enthält das BGB. keine Vorschriften. Die Vorschriften des BGB. geben nur den allgemeinen Rahmen, der, wie bemerkt, ohnehin nur lückenhaft und nach Maßgabe der der Landesgesetzgebung eingeräumten Vorbehalte abänderungsfähig ist. Über einzelne Reallasten Bestimmungen zu treffen, ist Sache der Landesgesetzgebung. Als wichtigste Reallasten erscheinen die **Kulturrenten** (EG. Art. 62, 118) und das **Leibgeding** oder der **Altenteil**; wegen des letzteren s. Bd. VI S. 213 f. Erl. zu Art. 96 und preuß. AG. Art. 15, 30, bayer. ÜbG. Art. 32 ff., 85, Württ. Ges. v. 2. Dezbr. 1904 (dazu **Landauer** im CBl. f. FG. 5 S. 769 ff.), **Eccius** in Gruch. 45 S. 736 ff., **Josef** ebd. 47 S. 481 ff., **Oberneck** 3. Aufl. I S. 624 ff., **Dernburg** III § 205; für Sachsen **Kretzschmar** II S. 390 ff.

Das BGB. regelt naturgemäß nur das Privatrecht. Die sog. **öffentlichen Lasten** eines Grundstücks, die man mitunter unter den Begriff der Reallast stellt, fallen unter die Vorschriften des BGB. nur, soweit die Landesgesetze (vgl. EG. Art. 4) dies bestimmen. Vgl. z. B. preuß. AG. z. GBO. Art. 11, z. ZVG. Art. 1 ff., **Achilles-Strecker** S. 382 ff., **Dernburg** III § 200.

§. 1105. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind (Reallast).

Die Reallast kann auch zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks bestellt werden.

---

9. **Übergangsvorschriften** enthalten die Art. 184, 189 des EG. Hervorzuheben ist, daß die Reichsgesetzgebung — anders als bei den Grunddienstbarkeiten — davon abgesehen hat, die Reallasten in das neue Recht überzuleiten. Die etwa erforderlichen und möglichen Überleitungsvorschriften sind der Landesgesetzgebung überlassen geblieben. Mit Rücksicht auf diesen grundsätzlichen Standpunkt der Reichsgesetzgebung darf man sich auch nicht etwa verleiten lassen, die im BGB. für die unter seiner Herrschaft entstehenden Reallasten aufgestellte Konstruktion der rechtlichen Natur der Reallasten als eine, wenn man so sagen darf, gesetzgeberische Anerkennung der Richtigkeit derjenigen Meinung aufzufassen welche die gleiche Auffassung für die bisherigen Reallasten vertreten hat (a. A. Dernburg III § 199 Ziff. IV S. 582).

10. **Der Stoff** des gegenwärtigen Abschnitts ist in der Weise geordnet, daß der § 1105 den Begriff und den Inhalt der Reallast bestimmt. Im § 1106 ist die Zulässigkeit der Belastung eines Bruchteils eines Grundstücks mit einer Reallast geregelt. Der § 1107 verweist bezüglich der einzelnen Leistungen aus der Reallast auf die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften. Im § 1108 wird die persönliche Haftung des Eigentümers geregelt. Die §§ 1109, 1110 beziehen sich auf die subjektiv dingliche Reallast und ordnen den Einfluß der Teilung des Grundstücks des Berechtigten sowie die Untrennbarkeit einer solchen Reallast von dem Eigentum am Grundstücke. Der § 1111 verbietet die Umwandelung einer subjektiv persönlichen Reallast in eine subjektiv dingliche und setzt die Übertragbarkeit der subjektiv persönlichen Reallast fest. Im § 1112 wird das Aufgebot des Berechtigten bei der subjektiv persönlichen Reallast zugelassen.

§ 1105.

E. I § 1051; II § 1014 rev. § 1089; III § 1088. P. I S. 4837 ff., 4853, 5063, 6239, 6267; M. III S. 581. P. II Bd. 3 S. 729 ff.

Vgl. Vorbm. zu diesem Abschnitte.

1. **Mit einer Reallast belastet werden** kann nur ein Grundstück oder eine Berechtigung, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, z. B. ein Erbbaurecht (§ 1017 Abs. 2), ein Erbpachtrecht (EG. Art. 63) oder ein Abbaurecht (EG. Art. 68). Wegen Belastung eines Grundstücksteils mit einer Reallast s. Erl. zu § 1106. Wegen der Erstreckung der Haftung für die Reallastleistungen auf andere Gegenstände als das Grundstück s. Erl. 3 zu § 1107.

2. **Der Inhalt der Reallast** besteht darin, daß dem Berechtigten wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind. Die Leistungen können in Geld, Naturalien oder in anderen vertretbaren wie nicht vertretbaren Sachen oder in Diensten, z. B. in der Verpflichtung, eine Turmuhr (RG. 4 S. 131), eine Brücke (Rspr. 2 S. 413) oder eine Überfahrt von einem Grundstücke zur Landstraße (Rspr. 8 S. 126) imstande zu halten, bestehen (s. auch Obermeyer in Bl. f. RAnw. 1903 S. 370). Auch eine Kombination dieser Leistungsarten ist zulässig (KG. 22 S. A 303). Das Kammergericht (Rspr. 7 S. 32) hat auch als Reallast für eintragungsfähig erklärt die Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks, von jedem hinsichtlich dieses Grundstücks abzuschließenden Mietvertrage vorher dem Berechtigten Anzeige zu machen und ihm den Eintritt in den Vertrag zu ermöglichen.

a) Als Reallast kann auch eine in regelmäßigen Terminen zu entrichtende **Geldrente** auf ein Grundstück gelegt werden, ohne den Charakter einer Rentenschuld (§ 1199) anzunehmen. Von der Rentenschuld unterscheidet sich die in regelmäßigen Terminen zu entrichtende Rentenreallast, was den Inhalt der Leistung betrifft, — nämlich die Bezahlung von Geld — nicht. Dagegen bestehen im übrigen zwischen einer Rentenschuld und einer Rentenreallast tiefgehende Unterschiede. Wegen der Einzelheiten wird auf die Vorbm. 3 vor § 1199 verwiesen. Hier ist nur folgendes hervorzuheben: Die Rentenschuld kann auch für den Eigentümer des belasteten Grundstücks bestellt werden; bei der Rentenreallast ist dies ausgeschlossen. Über die Rentenschuld wird regelmäßig ein Rentenschuldbrief ausgestellt. Bei der Rentenreallast ist reichsgesetzlich die Ausstellung einer besonderen Urkunde über das Recht nicht vorgesehen. Es steht aber nichts im Wege, landesgesetzlich auf Grund des Art. 115 des EG. zu bestimmen, daß

über die Rentenreallast eine Urkunde ausgestellt wird, und das Landesrecht ist auf Grund des § 801 der CPO. sogar in der Lage, dieser Urkunde die Vollstreckbarkeit zu verleihen. Wegen der bayer. Ewiggiltbriefe s. Vorbm. 4 vor § 1199. Bei der Rentenschuld fällt die persönliche Haftung weg, welche bei der Reallast nach § 1108 den Eigentümer des Grundstücks für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen trifft. Die Ablösbarkeit der Rentenreallast regelt sich nach Landesrecht, die Ablösung der Rentenschuld ist reichsgesetzlich durch den § 1199 Abs. 2 und die §§ 1200—1202 geordnet.

Um Zweifel über das Rechtsverhältnis abzuschneiden, empfiehlt es sich, eine Geldrente, die als Reallast bestellt wird, bei der Eintragung im Grundbuch ausdrücklich als Reallast zu bezeichnen.

b) Nach § 241 kann die Leistung, welche der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses von dem Schuldner zu fordern berechtigt ist, **auch in einem Unterlassen** bestehen; Leistung im Sinne des BGB. ist also auch eine Unterlassung. Daraus daß die Reallast zu „wiederkehrenden" Leistungen verpflichtet, läßt sich nicht folgern, daß eine Reallast auf ein Unterlassen unzulässig sei; denn ein fortdauerndes Unterlassen oder ein jährlich zu bestimmten Zeiten erfolgendes Unterlassen ist auch eine wiederkehrende Leistung. Der E. I § 1052 hatte ausdrücklich die Reallast auf ein Unterlassen für unzulässig erklärt (M. III S. 585). Die Bestimmung ist bei der zweiten Lesung (P. II Bd. 3 S. 734) gestrichen worden. Bei der Streichung ist die zweite Kommission jedoch von verschiedenen Erwägungen ausgegangen. Ein Teil der Mitglieder hielt die Bestimmung für selbstverständlich. Der andere Teil war der Ansicht, daß kein Grund bestehe, reichsrechtlich Unterlassungen für einen unzulässigen Inhalt von Reallasten zu erklären, es empfehle sich vielmehr in dieser Hinsicht, der Landesgesetzgebung (EG. Art. 115) freie Hand zu lassen. Die letztgedachte Auffassung dürfte die richtige sein (vgl. Eck II S. 244 Anm. 2; anders die herrschende Meinung, z. B. Biermann S. 291, Oberneck 3. Aufl. I S. 608, Fuchs S. 363 Erl. 5a, Kretzschmar II S. 376, Turnau-Förster I S. 531 Erl. 3 u. a.). In den Motiven wird zwar angedeutet, daß die Unzulässigkeit einer auf ein Unterlassen gerichteten Reallast vielleicht schon aus den für Dienstbarkeiten gegebenen Vorschriften sich ableiten lasse. Dies dürfte indessen nicht richtig sein. Die für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gegebenen Vorschriften beziehen sich nur auf diese Rechtsform. Die Beteiligten können aber ein Interesse daran haben, an die hierbei bestehenden Beschränkungen, insbesondere an die für Grunddienstbarkeiten geltende Beschränkung des § 1019 und an die für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten geltende Unvererblichkeit nicht gebunden zu sein. Ein genügender Grund, ihnen die Erreichung dieses Zweckes durch Ausschließung einer auf ein Unterlassen gerichteten Reallast unmöglich zu machen, dürfte in Ermangelung einer besonderen hierauf gerichteten Vorschrift nicht vorliegen. Der Landesgesetzgebung steht es aber nach EG. Art. 115 frei, Reallasten, welche auf ein Unterlassen gerichtet sind, auszuschließen.

c) Eine dem § 1019 entsprechende Vorschrift, nach welcher eine Grunddienstbarkeit **nicht über den Bedarf des herrschenden Grundstücks** hinaus erstreckt werden kann, gilt reichsrechtlich auch nicht für die subjektiv dinglichen Reallasten.

d) Die Leistungen müssen **wiederkehrende** sein. Ob sie regelmäßig oder, wie z. B. der Handlohn, die Kirchenbaulast, unregelmäßig wiederkehren, ist gleichgültig. Die Verpflichtung zu einer einmaligen Leistung kann nicht als Reallast auferlegt werden (KG. 20 S. A 91, RG. 57 S. 334, Eccius in Gruch. 45 S. 736). Daß die Reallast ewig dauert, ist nicht erforderlich; die Reallast kann vielmehr auf Zeit begründet werden (Rspr. 2 S. 495) und zwar sowohl auf einen bestimmten Zeitraum (z. B. zehn an Martini jeden Jahres fällige Kulturrenten), als auf einen unbestimmten (z. B. auf die Lebenszeit des Leibgedingnehmers). Eine zur Verzinsung und Amortisierung eines gegebenen Kapitals während einer bestimmten Zeit zu zahlende Rente ist daher in der Form einer Reallast zulässig (KG. 21 S. A 312). Auch eine Bestellung unter einer auflösenden Bedingung ist zulässig.

Daß die einzelnen Leistungen einander gleichartig oder gleich groß sind, ist nicht erforderlich (Rspr. 7 S. 32).

Eine Reallast des Inhalts, daß ein Gastwirt verpflichtet ist, auf die Dauer von 15 Jahren das Bier für seine Gastwirtschaft von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, ist unzulässig, weil sie gegen § 10 Gew.O. verstößt (RG. 59 S. 109).

e) **Die Bestimmung des Inhalts der Reallasten** ist reichsrechtlich der Vereinbarung der Beteiligten überlassen; landesgesetzlich können jedoch auf Grund des Art. 115 des EG. Schranken gezogen werden (vgl. S. 495 Vorbm. 8).

3. Sachliche Voraussetzungen für die Eintragung einer Reallast in das Grundbuch. Zu welchen einzelnen Leistungen die Reallast verpflichtet, muß in das Grundbuch eingetragen werden; nach § 874 kann indessen zur näheren Bezeichnung des Inhalts der einzelnen Leistungen im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Nur wenn Dienstbarkeiten und Reallasten als Leibgedinge, Leibzucht, Altenteil oder Auszug eingetragen werden, kann auch zur Bezeichnung der einzelnen Rechte auf die Eintragungsbewilligung verwiesen werden (GBO. § 50, oben S. 92 Erl. 4 zu § 874). Mit einem ziffermäßig bestimmten Geldbetrage brauchen auch die einzelnen Leistungen nicht in das Grundbuch eingetragen zu werden. Das RG. 22 S. A 303 folgert aus dem Grundsatze der Spezialität der grundbuchmäßigen Belastung sowie aus den Vorschriften des ZVG. §§ 45, 46, 92, 121, daß der Inhalt der Reallast mindestens in der Eintragungsbewilligung soweit individualisiert wird, daß die in Betracht kommende Höchstbelastung in einen Geldbetrag umgewandelt werden kann. Dieser (von Oberneck I S. 613 geteilten) Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden, da sie eine Reihe von Reallasten von der Eintragung ausschließen würde (z. B. die Verpflichtung, das jeweils benötigte Bauholz für ein Gebäude zu liefern). Der Subhastationsrichter muß eben durch Sachverständige oder in sonst einer Weise den Geldwert der Reallast zu ermitteln suchen und Aufgabe der Landesgesetzgebung ist es, wenn sie Reallasten von unbestimmter Dauer und an und für sich unbestimmbarer Höhe zuläßt, durch positive Vorschriften, z. B. durch die Vorschrift, daß in das Grundbuch die Ablösungssumme eingetragen werden muß, für die Umwandelungsmöglichkeit zu sorgen. Daß schon die Eintragungsbewilligung die Umwandelung in einen Geldbetrag ermöglichen lassen muß, ist positiv nirgends bestimmt. Es ist nicht mehr erforderlich, als daß die Leistungen fähig sind, in Geldforderungen umgewandelt zu werden (Rspr. 7 S. 32; Oberneck I S. 608 f.).

4. Die Person des Berechtigten. Die Reallast kann zugunsten einer bestimmten physischen oder juristischen Person bestellt werden; die Person des Berechtigten kann aber, wie der Abs. 2 des § 1105 ausdrücklich vorschreibt, auch durch das Eigentum an einem Grundstücke bestimmt sein, sog. subjektiv dingliche Reallast. Zugunsten des Bruchteils eines Grundstücks kann eine Reallast nicht bestehen. Für sich selbst kann übrigens der Eigentümer eine Reallast nicht bestellen, wohl aber kann er eine an dem eigenen Grundstücke schon bestehende Reallast erwerben (s. § 889 nebst Erl. 3, oben S. 128 f.). Auch der Eigentümer von zwei Grundstücken kann das eine derselben nicht mit einer Reallast zugunsten des anderen belasten und der Eigentümer eines Grundstücks kann nicht einen Teil desselben zugunsten eines anderen Teiles mit einer Reallast für den Fall belasten, daß der eine oder der andere Teil veräußert wird (vgl. RG. 47 S. 202; oben S. 359 Vorbm. 4 vor § 1018). Eine Ausnahme macht der § 1109 in Ansehung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten eines einem Miteigentümer gehörenden Grundstücks. Besteht die Reallast zugunsten einer bestimmten Person, so kann sie vererblich und übertragbar oder unvererblich und unübertragbar sein; hierüber s. Erl. zu § 1111.

Ist die Reallast zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt, so ist die Reallast Bestandteil des Grundstücks, zu dessen Gunsten sie bestellt ist (§ 96), sie teilt das Schicksal dieses Grundstücks und kann von dem Eigentum an dem Grundstücke nicht getrennt werden (§ 1110). Den Einfluß der Teilung des Grundstücks regelt der § 1109. Wird das Grundstück, mit dessen Eigentume die Reallast verbunden ist, veräußert, so ist für die Verteilung der Leistungen aus der Reallast die Vorschrift des § 101 Nr. 2 nicht nur für das Verhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber, sondern auch für das Verhältnis des Eigentümers des belasteten Grundstücks zu dem Veräußerer und dem Erwerber maßgebend.

5. Zum Begriffe der Reallast gehört es, daß die Leistungen **aus dem Grundstücke** zu entrichten sind (s. Erl. 2c zu § 1113). Die dingliche Haftung (des Grundstücks) sowohl für das Recht als Ganzes als auch für die einzelnen Leistungen gehört zum Wesen der Reallast und kann durch Parteiverabredung nicht geändert werden. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks haftet dinglich auch für die Rückstände aus der Zeit seines Rechtsvorgängers. Der E. I § 1051 bezeichnet die Reallast als eine Belastung des Inhalts, daß „der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks" dem Berechtigten zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet ist. Die zweite Kommission hat dies absichtlich geändert. Die persönliche Haftung des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks ist zwar nach § 1108 in dem dort bezeichneten Umfange die Regel, gehört jedoch nicht zum Wesen der Reallast, sie kann vielmehr ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Aus der jetzigen Begriffsbestimmung des BGB. ergibt sich zugleich weiter, daß die Verpflichtung zur Leistung nicht an das Eigentum des belasteten Grundstücks geknüpft ist. Das Eigentum des belasteten Grundstücks ist nicht die Vorbedingung für die Entstehung der Verpflichtung in An-

§. 1106. Ein Bruchtheil eines Grundstücks kann mit einer Reallast nur belastet werden, wenn er in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht.

§. 1107. Auf die einzelnen Leistungen finden die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

---

sehung der fällig werdenden Leistungen, sondern auch wenn das Grundstück herrenlos ist (s. Erl. 6), schuldet es die während der Herrenlosigkeit fällig werdenden Leistungen.

6. Aus dem in Erl. 5 Bemerkten ergibt sich das im Falle der **Dereliktion des belasteten Grundstückes** (§ 928) eintretende Rechtsverhältnis. Die Rechtsverfolgung in Ansehung der Reallastleistungen regeln für diesen Fall die §§ 58, 787 der CPO.; s. Erl. 7 zu § 928 S. 217f.

7. Die Reallast ist **eine Belastung des Grundstücks** und zwar eine selbständige d. h. eine von einem Forderungsrecht unabhängige. Inwieweit im Falle der Aufhebung der Reallast das Surrogat derselben für die Reallast haftet, ist für den Fall der Aufhebung durch Zwangsversteigerung reichsrechtlich geordnet (s. insbes. ZVG. §§ 52, 91, 92). Für die Fälle der Enteignung s. EG. Art. 52, 53, 109. Für den wichtigsten Fall der Aufhebung, nämlich die Ablösung ist die Regelung der Landesgesetzgebung überlassen; s. EG. Art. 113, 115.

§ 1106.

E. I § 1053; II § 1015 rev. § 1090; III § 1089. M. I S. 4847; M. III S. 586. P. II Bd. 3 S. 734.

1. **Ein Bruchteil** (ideeller Teil) eines Grundstücks kann mit einer Reallast nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht. Die Vorschrift entspricht der für das Vorkaufsrecht geltenden des § 1095 (vgl. Erl. 1 zu § 1095). Wegen der Zwangsvollstreckung s. CPO. § 864.

2. **Wird die Gemeinschaft aufgehoben,** so regelt sich, sofern die Aufhebung im Wege der Zwangsversteigerung nach den §§ 180—184 des ZVG. erfolgt, das Schicksal der nur auf einem Anteile haftenden Reallast nach den Vorschriften des ZVG., insbesondere den §§ 182, 44, 92 das. Hervorzuheben ist, daß die Reallast, wenn sie auf dem Anteile des Antragstellers lastet oder ihn mitbelastet, bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt werden muß; andernfalls bleibt sie unberücksichtigt (§ 182 Abs. 1, 2 ZVG.). Soll die Reallast nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehen bleiben, so erlischt sie durch den Zuschlag (§ 91 ZVG.). Wegen der Übertragung der erlöschenden Reallast auf den Erlös s. § 92 ZVG.

Wird die Gemeinschaft in anderer Weise aufgehoben, so hat dies auf den Bestand der auf einem Anteile ruhenden Reallast keinen Einfluß. Die Zwangsvollstreckung aus der Reallast ist in den Bruchteil, auf dem die Reallast ruht, auch nach der Aufhebung der Gemeinschaft zulässig (§ 864 Abs. 2 CPO.). Die Aufhebung der Gemeinschaft ist daher auch nicht von der Zustimmung des Reallastberechtigten abhängig.

3. **Ein realer Teil** eines Grundstücks kann, da die Teile eines Grundstücks nach § 93 nicht wesentliche Bestandteile sind, mit einer Reallast belastet werden. In diesem Falle haftet nur der Teil des Grundstücks für die Reallast. Die Abschreibung des Teiles vom Blatte des Grundstückes ist nach § 6 GBO. dann nicht erforderlich, wenn durch die Unterlassung der Abschreibung Verwirrung nicht zu besorgen ist. Wegen der grundbuchmäßigen Behandlung s. auch GBO. § 96. Unzulässig ist die Belastung des realen Teiles eines Grundstücks mit einer Reallast in der Weise, daß die wiederkehrenden Leistungen nur aus einem bestimmten Teile des Grundstücks erfolgen sollen und für die Leistungen das ganze Grundstück haftet.

4. **Werden nach § 890 zwei Grundstücke zu einem vereinigt oder wird ein Grundstück dem anderen zugeschrieben,** so wird hierdurch die Reallast, die auf dem einen oder dem anderen Grundstücke ruht, nicht berührt; sie bleibt auf dem Grundstücke bestehen, wird aber nicht auf das andere Grundstück erstreckt. Das dem belasteten Grundstücke als Bestandteil zugeschriebene Grundstück haftet jedoch gemäß §§ 1107, 1131 für die einzelnen Leistungen (s. Erl. 3 zu § 1107).

5. Vgl. im übrigen die Erl. zu § 1095 und zu § 1114.

§ 1107.

E. I §§ 1051, 1060; II § 1016 rev. § 1091; III § 1090. M. I S. 4837, 4867, 4878, 6239, 6245; M. III S. 584, 593. P. II Bd. 3 S. 731, 738.

Wie nach § 1200 für die einzelnen Leistungen aus einer Rentenschuld, so gelten nach § 1107 für die einzelnen Leistungen aus einer Reallast die für Zinsen aus einer Hypotheken-

forderung getroffenen Vorschriften entsprechend. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften führt zu folgenden Ergebnissen:

1. **Der Anspruch auf die einzelne Leistung verjährt** in vier Jahren nach §§ 194, 197, 201; dazu s. § 902 Abs. 1 Satz 2. Nach dem M. I S. 306 ist die Anwendbarkeit des § 197 auf die regelmäßig wiederkehrenden Reallastleistungen beschränkt; für die nicht regelmäßig wiederkehrenden Leistungen soll es bei der allgemeinen Regel verbleiben. Diese Einschränkung dürfte sich trotz des Wortlauts des § 1107 dadurch rechtfertigen, daß in dem sich speziell auf die Verjährung beziehenden § 197 nur die „regelmäßig wiederkehrenden Leistungen" in Ansehung der Verjährung den Zinsen gleichgestellt sind (a. M. Biermann S. 293, Willenbücher S. 142).

2. **Verzugszinsen** sind für die einzelnen Leistungen nicht zu entrichten (§ 289).

3. Anwendung finden die Vorschriften der §§ 1120—1131, welche bei der Hypothek die **Erstreckung der Haftung** des Grundstücks für die Hypothek und damit die Hypothekenzinsen auf andere Gegenstände, nämlich auf getrennte Bestandteile (Erzeugnisse), Zubehör, Miet- und Pachtzinsforderungen, mit dem Eigentum an dem Grundstücke verbundene Rechte, Forderungen aus der Versicherung und zugeschriebene Grundstücke regeln (a. M. Kretzschmar II S. 379f.).

4. Anwendung finden ferner die Vorschriften des § 1132 Abs. 1 über die **Haftung mehrerer Grundstücke**, wenn die Reallast an mehreren Grundstücken besteht. Hiernach haftet jedes Grundstück für die einzelne Leistung; der Berechtigte kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen. Der § 1132 Abs. 2 ist für die Hypothekenzinsen und darum auch für die einzelnen Leistungen aus einer Reallast unanwendbar.

5. **Wird die Sicherheit der Reallastleistungen** durch Verschlechterung des Grundstücks oder Entfernung von Zubehör **gefährdet**, so kann der Berechtigte nach Maßgabe der §§ 1134, 1135 auf Unterlassung der Einwirkungen klagen, welche eine Verschlechterung besorgen lassen (RG. in Gruch. 48 S. 351; a. M. Kretzschmar II S. 379f.; vgl. Oberneck I S. 614). Der § 1133, welcher dem Hypothekengläubiger, wenn infolge einer Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Hypothek gefährdet ist, das Recht auf sofortige Befriedigung aus dem Grundstücke gibt, gilt nicht für die Zinsen aus einer Hypothekenforderung, sondern nur für das Hypothekkapital; die Vorschrift ist auf die Reallast schon um deswillen unanwendbar, weil die Reallast nur auf einzelne Leistungen, nicht auf die Zahlung eines Kapitals gerichtet ist. Vom Standpunkte des Reichsrechts aus steht übrigens nichts entgegen, daß dem Reallastberechtigten durch besondere, der Eintragung in das Grundbuch bedürftige Vereinbarung das Recht gewährt wird, unter den Voraussetzungen des § 1133 die Ablösung der Reallast zu verlangen und für die Ablösungssumme die sofortige Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen.

6. Die Vorschrift des § 1136 wird im Sinne des § 1107 nicht als eine Vorschrift über Hypothekenzinsen aufgefaßt werden können. Es wird deshalb eine **Vereinbarung** zulässig sein, durch die sich der Eigentümer dem Reallastberechtigten gegenüber verpflichtet, **das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten.**

7. Der § 1137 betrifft die **Einreden** gegen die Hypothek. Nach dem Abs. 1 Satz 1 kann der Eigentümer gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen. Die §§ 1137, 1138 setzen eine persönliche Forderung voraus, für welche die Hypothek haftet. Eine solche persönliche Forderung besteht bei der Reallast nicht. Nach § 1108 haftet der Eigentümer des mit der Reallast belasteten Grundstücks zwar auch persönlich für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen, aber es handelt sich hierbei nicht um eine selbständige neben der Reallast bestehende persönliche Forderung; vielmehr beruht sowohl die persönliche wie die dingliche Haftung auf demselben Grunde, nämlich auf der Reallast. Die §§ 1137, 1138 dürften daher nicht anwendbar sein.

8. **Die Befriedigung** des Berechtigten aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Haftung für die Reallastleistungen erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1147). Im übrigen wird wegen der Verwirklichung der Leistungen aus der Reallast auf die Erl. zu § 1147 verwiesen; s. auch unten Erl. 13.

Anwendung finden ferner die §§ 1148—1150, der § 1150 natürlich nur, soweit er den § 268 für entsprechend anwendbar erklärt.

9. **Die Abtretung von Reallastleistungen.**

a) Die Abtretung des Anspruchs auf noch nicht fällige Reallastleistungen bestimmt sich nach § 873. Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Berechtigten

finden die Vorschriften des § 1158 Anwendung. Soweit also die Leistungen nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer des belasteten Grundstücks von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder in dem folgenden Vierteljahre fällig wird, finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Berechtigten die allgemeinen Vorschriften der §§ 404, 406—408 Anwendung; im anderen Falle gelten die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs.

b) Die Abtretung des Anspruchs auf rückständige Reallastleistungen sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem neuen Berechtigten und dem Eigentümer bemißt sich nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Grundsätzen (§ 1159). Die Abtretung erfolgt mithin durch den formlosen Vertrag nach § 398, der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892) ist ausgeschlossen.

c) Wegen der Übertragbarkeit s. Erl. zu § 1111.

d) Auch die Pfändung der Ansprüche aus der Reallast richtet sich nach den für die Pfändung der Forderungen auf Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften (CPO. §§ 830, 837).

10. **Wenn sich das Eigentum mit der Reallastberechtigung in einer Person vereinigt,** so erlischt die Reallast selbst nicht (§ 889). Dagegen erlischt infolge der Vereinigung die Haftung des Grundstücks für die rückständigen Reallastleistungen, sofern nicht einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung z. B. infolge Abtretung zusteht (§ 1178 Abs. 1). Solange die Vereinigung dauert, gebühren die einzelnen Leistungen, die während der Dauer der Vereinigung fällig werden, dem Reallastberechtigten nur unter den Voraussetzungen des § 1197 Abs. 2. Das Verhältnis ist, da der Eigentümer nach § 1108 für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen persönlich haftet, in Ansehung der einzelnen Reallastleistungen in dieser Hinsicht das gleiche, wie wenn eine verzinsliche Hypothek mit dem Eigentum in einer Person sich vereinigt und dem Eigentümer auch die Forderung zusteht (§ 1177 Abs. 2 mit § 1197).

11. Anwendung findet auch der § 1178 Abs. 2. Danach genügt zum **Verzicht** auf rückständige Reallastleistungen die Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Eigentümer. Solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht, ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Wegen des Verzichts in den sonstigen Fällen bewendet es bei der Vorschrift des § 875. Der Verzicht auf noch nicht fällige Leistungen bedarf also insbesondere der Eintragung in das Grundbuch.

12. **Wird der Reallastberechtigte** (im Falle der Ablösung) **aus dem Grundstücke befriedigt,** so erlischt die Reallast insoweit, als die Befriedigung erfolgte. Erfolgt die Befriedigung aus einem der mit einer Gesamtreallast (s. oben Erl. 4) belasteten Grundstücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei. Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht die Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf welche sich die Haftung für die einzelnen Reallastleistungen erstreckt (§ 1181).

13. Der E. I § 1055 bestimmte, daß, wenn das Recht desjenigen, welchem die Reallast zusteht, beeinträchtigt wird, auf die **Ansprüche des Berechtigten gegen denjenigen, welcher die Beeinträchtigung bewirkt hat,** die Vorschriften der §§ 943, 944 (nunmehr § 1004) Anwendung finden. Diese Bestimmung ist in der zweiten Kommission gestrichen worden, weil neben dem aus § 951 des E. I (nun §§ 1105 und 1107) folgenden dinglichen Anspruche des Reallastberechtigten (vgl. insbes. oben Erl. 5 und 8) für einen anderen dinglichen Anspruch desselben kein Raum sei, da ein Dritter sein Recht nicht beeinträchtigen könne; bestreite ein Dritter sein Recht, so genüge zu seinem Schutze die Feststellungsklage (P. II Bd. 3 S. 735). Diesen Ausführungen ist beizupflichten.

Nicht völlig zutreffend ist dagegen die in den P. II Bd. 3 S. 731 vertretene Ansicht, daß der Reallastberechtigte nur wegen des Rechtes auf die einzelnen Leistungen befugt sei, das Grundstück für sich in Beschlag nehmen zu lassen, während die Haftung der Immobiliarmasse für das Recht im ganzen nur infolge einer von einem anderen beantragten Zwangsversteigerung wirksam werden könne (so auch Turnau-Förster I S. 529f. Erl. 6, Staudinger III S. 363 Erl. V 2). Denn bei den ablösbaren Reallasten kann der Berechtigte auch wegen der Ablösungssumme Befriedigung aus dem Grundstück erwirken (s. Erl. 12, Kretzschmar II S. 378f.).

14. Wegen der Wirkung des einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast betreffenden Urteils im Falle der Veräußerung des belasteten Grundstücks gegen den Rechtsnachfolger s. CPO. § 325 Abs. 3.

§. 1108. Der Eigenthümer haftet für die während der Dauer seines Eigenthums fällig werdenden Leistungen auch persönlich, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist.

Wird das Grundstück getheilt, so haften die Eigenthümer der einzelnen Theile als Gesammtschuldner.

---

§ 1108.

E. I § 1056; II § 1017 rev. § 1092; III § 1091. P. I S. 4838, 4849; M. III S. 587. P. II Bd. 3 S. 730, 735 f.

1. **Die persönliche Haftung des Eigentümers.** Für die einzelnen Leistungen aus der Reallast haftet zunächst das Grundstück (§§ 1105, 1107); nach Maßgabe der §§ 1107, 1120—1131 erstreckt sich die Haftung des Grundstücks auch auf gewisse andere Gegenstände (Erzeugnisse, Zubehör, Miet- und Pachtzinsforderungen 2c.). Neben dieser dinglichen Haftung stellt der § 1108 die persönliche Haftung des jeweiligen Eigentümers auf. Daß durch die persönliche Haftung des Eigentümers die dingliche Haftung des Grundstücks unberührt bleibt, bringt der § 1108 Abs. 1 durch das Wort „auch" zum Ausdrucke. Der jeweilige Eigentümer haftet aber nur für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen; er haftet also einerseits nicht für Rückstände aus der Zeit seiner Rechtsvorgänger — für diese haftet er nur dinglich —, dagegen haftet er andererseits für die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Leistungen auch über die Zeit seines Eigentums hinaus; er wird nicht durch Übertragung des Eigentums oder durch Aufgabe desselben nach § 928 von seiner persönlichen Haftung frei. Von der Erwerbsart ist die Haftung unabhängig; es haftet sohin auch der Ersteher vom Zuschlag ab aus der auf ihn übergegangenen Reallast. Wie die Tragung der Leistung aus der Reallast im Verhältnisse zwischen dem bisherigen und dem neuen Eigentümer zufolge der Vorschrift des § 103 sich verteilt, kommt für das Verhältnis zu dem Reallastberechtigten nicht in Betracht. Gleiches gilt für andere Fälle, in welchen der § 103 anwendbar ist, z. B. wenn ein Nießbrauch an dem Grundstücke bestellt wird oder wenn das Grundstück zum eingebrachten Gute einer Frau gehört; auch in diesen Fällen ist es auf die persönliche Haftung des Eigentümers für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen ohne Einfluß, ob im Verhältnisse zwischen Eigentümer und Nießbraucher oder zwischen Mann und Frau der Eigentümer oder der andere Teil die Leistung nach § 103 zu tragen hat.

Der § 1108 Abs. 1 bedeutet eine Abweichung von dem Grundsatze des § 1107; denn für Hypothekenzinsen haftet der Eigentümer des belasteten Grundstücks nur dinglich. Der gesetzgeberische Grund für die Aufstellung der persönlichen Haftung liegt darin, daß sie einerseits bei den auf ein Tun gerichteten Reallasten die Erzwingung des Tuns ermöglicht, andererseits den Berechtigten nicht zwingt, wegen jeden Rückstandes die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben, sondern ihm den einfacheren und leichteren Weg der Mobiliarpfändung eröffnet.

2. **Geltend gemacht** wird die dingliche Haftung des Grundstücks nach Maßgabe des § 1147 (s. § 1107), die persönliche Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen.

3. Die persönliche Haftung des Eigentümers gilt nach dem Abs. 1 nur, **„soweit nicht ein anderes bestimmt ist."** Sie kann also durch Vertrag ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, selbstverständlich nur durch Vertrag zwischen dem Reallastberechtigten und dem Eigentümer des Grundstücks, nicht durch Vertrag zwischen den aufeinander folgenden Eigentümern oder dem Eigentümer und einem Nutzungsberechtigten. Der Ausschluß oder die Einschränkung der persönlichen Haftung des Eigentümers können bei der Bestellung oder später erfolgen. Erfolgen sie später, so findet der § 877 Anwendung. Sollen der Ausschluß oder die Einschränkung der Haftung dingliche Wirkung haben, so bedürfen sie der Eintragung in das Grundbuch. **Fuchs** S. 367, **Biermann** S. 294, **Willenbücher** S. 143 Erl. 1 und **Staudinger** III S. 364 f. bestreiten mit Unrecht sowohl die Anwendbarkeit des § 877 auf die spätere Änderung der Haftung als das Erfordernis der Eintragung der Änderung in das Grundbuch, weil es sich bei der Änderung der Haftung nicht um eine die dinglichen Rechtsverhältnisse des Grundstücks berührende Änderung des Inhalts des Reallastrechts handle.

4. Der Abs. 2 bezieht sich nur auf **den Fall, daß das belastete Grundstück geteilt wird,** und regelt, wie der Zusammenhang ergibt, nur **die persönliche Haftung der Eigentümer der einzelnen Teile.**

a) Wird das belastete Grundstück geteilt, so hat dies auf die dingliche Haftung keinen Einfluß. Die einzelnen Teile haften für die ganze Reallast und für die ganze Leistung aus

§. 1109. Wird das Grundstück des Berechtigten getheilt, so besteht die Reallast für die einzelnen Theile fort. Ist die Leistung theilbar, so bestimmen sich die Antheile der Eigenthümer nach dem Verhältnisse der Größe der Theile; ist sie nicht theilbar, so finden die Vorschriften des §. 432 Anwendung. Die Ausübung des Rechtes ist im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird.

Der Berechtigte kann bestimmen, daß das Recht nur mit einem der Theile verbunden sein soll. Die Bestimmung hat dem Grundbuchamte gegenüber zu erfolgen und bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Vorschriften der §§. 876, 878 finden entsprechende Anwendung. Veräußert der Berechtigte einen Theil des Grundstücks, ohne eine solche Bestimmung zu treffen, so bleibt das Recht mit dem Theile verbunden, den er behält.

Gereicht die Rellast nur einem der Theile zum Vortheile, so bleibt sie mit diesem Theile allein verbunden.

---

der Reallast; die Gesamthaft der einzelnen Teile für die einzelnen Leistungen ist durch die Anwendbarkeit des § 1132 (s. Erl. 4 zu § 1107) näher geordnet.

Die persönliche Haftung der Eigentümer der einzelnen Teile für die während der Dauer ihres Eigentums fällig werdenden Leistungen ist im § 1108 als eine Gesamthaftung bestimmt; es finden also die §§ 421—426 Anwendung. Was die Tragung der Leistungen im Verhältnisse der einzelnen Eigentümer untereinander angeht, so sind Gesamtschuldner nach § 426 im Verhältnis untereinander zu gleichen Teilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Es kann in Frage kommen, ob eine solche anderweite Bestimmung hier aus dem Inhalte des Schuldverhältnisses etwa dahin abzuleiten ist, daß die mehreren Eigentümer nach Verhältnis der Größe oder des Wertes der einzelnen Teile haften. Die Frage dürfte zu verneinen sein. Hätte das Gesetz dies gewollt, so würde es ausdrücklich bestimmt sein, wie ja auch eine entsprechende Vorschrift für den Fall der Teilung des berechtigten Grundstücks in dem § 1109 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich gegeben ist. Die anderweite Bestimmung muß daher durch Rechtsgeschäft unter den mehreren Eigentümern erfolgen.

Übrigens kann sich auf Grund der Landesgesetze über das Unschädlichkeitszeugnis (EG. Art. 120 Abs. 1, 2 Nr. 1) sowie bei Reallasten für den Staat oder eine öffentliche Anstalt auf Grund der im Art. 121 des EG. vorbehaltenen Landesgesetze sowohl für die dingliche wie für die persönliche Haftung ein anderes ergeben.

b) Wegen der **Teilung des Grundstücks des Berechtigten** s. § 1109.

5. Keine ausdrückliche Bestimmung ist vorgesehen, **wenn das belastete Grundstück im Eigentume mehrerer steht.** Aus dem § 1108 Abs. 2 dürfte folgen, daß auch die Miteigentümer des belasteten Grundstücks für die einzelnen Leistungen aus der Reallast als Gesamtschuldner haften, und zwar auch dann, wenn sie nicht die Besteller der Reallast sind und daher § 427 keine Anwendung findet. Übereinstimmend Dernburg III § 202 Ziff. 1, Fuchs S. 367 u. a.; a. A. Biermann S. 294 und Turnau-Förster I S. 534 und Willenbücher S. 143 Erl. 3, welche, wenn die Miteigentümer nicht die Besteller sind, den § 420 für anwendbar halten und deshalb die Miteigentümer dem Berechtigten gegenüber nach Kopfteilen haften lassen; a. M. auch Kretzschmar II S. 375, der den § 420 auch dann anwenden will, wenn die Miteigentümer die Besteller sind. Die M. III S. 588 lehnen gleichfalls die Gesamthaftung ab; allein die Sachlage ist gegenüber dem E. I insofern anders, als diesem die Vorschrift des jetzigen § 427 unbekannt war (s. E. I § 320). Für das Verhältnis der Miteigentümer zueinander s. §§ 748, 755.

6. Das Gesagte gilt auch von dem Falle, daß **mehrere Grundstücke mit einer Reallast beschwert worden sind.**

§ 1109.

E. I § 1058; II § 1019 rev. § 1093; III § 1092. P. I S. 4873; M. III S. 590. P. II Bd. 3 S. 736 f.

1. Der § 1109 bezieht sich nur auf **die subjektiv dingliche Reallast** und regelt den **Einfluß der Teilung des Grundstücks des Berechtigten.** Dabei wird zwischen dem Falle, daß die

Reallast nur einen bestimmten Teile des Grundstücks zum Vorteile gereicht (sog. Reallasten mit lokaler Beziehung) und den übrigen Fällen (den sog. Reallasten ohne lokale Beziehung) unterschieden. Einem bestimmten Teile des Grundstücks gereicht die Reallast z. B. zum Vorteile, wenn sie in der Lieferung des jeweils benötigten Bauholzes für ein bestimmtes Gebäude, in der Unterhaltung einer bestimmten Röhrenleitung, in der Räumung eines Grabens ꝛc. besteht.

2. **Gereicht die Reallast nicht nur einem bestimmten Teile des Grundstücks des Berechtigten zum Vorteile,** handelt es sich also um Reallasten ohne lokale Beziehung, so ist nach dem Abs. 1 die Regel folgende:

a) Die Reallast selbst besteht für die einzelnen Teile unverändert fort (Abs. 1 Satz 1).

b) An den einzelnen Leistungen aus der Reallast entsteht an sich ein Gemeinschaftsverhältnis; dasselbe ist indessen im Abs. 1 Satz 2, 3 selbständig geordnet. Hiernach sind die Eigentümer der einzelnen Teilgrundstücke, wenn die Leistung teilbar ist, nach dem Verhältnisse der Größe der Teilgrundstücke anteilsberechtigt. Ob die Leistung teilbar ist, beantwortet sich nach den in der Erl. 2 zu § 420 (Bd. II S. 308f.) dargelegten Grundsätzen. Ist die Leistung nicht teilbar, so finden die Vorschriften des § 432 Anwendung, d. h. der Verpflichtete kann nur an alle Berechtigte gemeinschaftlich leisten und jeder Berechtigte kann nur die Leistung an alle fordern, jeder Berechtigte kann verlangen, daß der Verpflichtete die zu leistende Sache für alle Berechtigte hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich (FGG. § 165) zu bestellenden Verwahrer abliefert. Im übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Berechtigten eintritt, nicht für und gegen die übrigen Berechtigten.

c) Daß durch die Teilung eine Vergrößerung des Umfanges der Reallast nicht eintreten darf, ist selbstverständlich. Im Anschluß an die für Grunddienstbarkeiten geltende Vorschrift des § 1025 Satz 1 stellt jedoch der Abs. 1 Satz 2 die Auslegungsregel auf, daß im Falle der Teilung auch die Ausübung der Reallast nur in der Art geschehen darf, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird. Die Vorschrift enthält nur eine Auslegungsregel. Die Reallast kann auch in dem Sinne bestellt sein, daß sie die durch eine Teilung eintretende Vermehrung des Bedürfnisses mitumfaßt.

3. Von den in Erl. 2 dargelegten Grundsätzen läßt der Abs. 2 **Ausnahmen** zu.

a) Der Berechtigte kann bestimmen, daß das Recht nur mit einem der Teile verbunden sein soll (Abs. 2 Satz 1). Die Bestimmung hat nach Abs. 2 Satz 2 dem Grundbuchamte gegenüber zu erfolgen; eine Form ist nicht vorgeschrieben. Die Bestimmung bedarf ferner der Eintragung in das Grundbuch und zwar in das Grundbuch des belasteten Grundstücks; ist die Reallast auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks vermerkt (GBO. § 8 Abs. 1), so ist dieser Vermerk von Amtswegen zu berichtigen (Abs. 2 ebd.). Die Vorschriften der §§ 876, 878 finden Anwendung. Wegen der Anwendbarkeit des § 876 s. unten Erl. 5. Aus der Anwendbarkeit des § 878 ergibt sich, daß die Bestimmung nicht dadurch unwirksam wird, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem er die Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben und den Antrag auf Eintragung gestellt hat. Das Bestimmungsrecht ist, wenn die Teilung mit einem Eigentumswechsel verbunden ist, natürlich nur zulässig, bevor der Eigentumswechsel stattgefunden hat.

b) Wenn der Berechtigte einen Teil des Grundstücks veräußert und einen Teil für sich behält, so bleibt die Reallast, sofern nicht eine andere Bestimmung getroffen wird, mit dem Teile verbunden, welchen der Berechtigte behält (Abs. 2 Satz 3); für den wegverkauften Teil erlischt sie; sie wird also auf dem Grundbuchblatte des wegveräußerten Teiles nicht mehr vermerkt (GBO. § 8 Abs. 2). Im Falle der Wegveräußerung eines Teiles des berechtigten Grundstücks wird mithin die Reallast für die Regel nicht geteilt, sie verbleibt vielmehr bei dem Teile, welchen der Berechtigte behält. Die Reallast wird nur dann geteilt, wenn der Berechtigte und der Erwerber des wegveräußerten Teiles ausdrücklich vereinbaren, daß die Reallast geteilt sein soll; dann greifen die Vorschriften des Abs. 1 ein; a. A. wie es scheint Fuchs S. 369, nach welchem das Verbleiben der Reallast bei dem dem Berechtigten gehörenden Teile gesetzliche Folge der Teilung ist. Soll die Reallast im Falle der Wegveräußerung eines Teiles des berechtigten Grundstücks mit dem wegveräußerten Teile allein verbunden werden, so kann dies nur durch Bestimmung des Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamte nach Maßgabe des Abs. 2 Satz 1, 2 (oben a) geschehen.

4. **Gereicht die Reallast nur einem Teile des berechtigten Grundstücks zum Vorteile,** so bleibt sie nach Abs. 3 im Falle der Teilung des berechtigten Grundstücks mit dem Teile ver-

§. 1110. Eine zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks bestehende Reallast kann nicht von dem Eigenthum an diesem Grundstücke getrennt werden.

---

bunden, welchem sie zum Vorteile gereicht; für die übrigen Teile erlischt sie. Die Vorschrift des Abs. 3, welche der für Grunddienstbarkeiten geltenden Vorschrift des § 1025 Satz 2 entspricht, ist eine zwingende Rechtsregel, welche durch Parteivereinbarung oder Bestimmung des Berechtigten nicht geändert werden kann. Das Erlöschen der Reallast an den übrigen Grundstücksteilen tritt ipso jure mit der Teilung ein d. h. mit der Vollziehung der Abschreibung im Grundbuche. Die Reallast wird auf den Grundbuchblättern dieser Grundstücke nicht mehr vermerkt (GBO. § 8 Abs. 2); falls es doch geschehen sein sollte, so kann die Berichtigung des Grundbuchs von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks verlangt werden.

5. **Anwendbarkeit der Vorschriften des § 876.** Nach Abs. 2 Satz 2 finden, wenn der Berechtigte bestimmt, daß die Reallast nur mit einem der Teile verbunden sein soll, die Vorschriften des § 876 Anwendung. Es ist mithin, wenn das Grundstück des Berechtigten mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, zur bezeichneten Bestimmung des Berechtigten die Zustimmung des Dritten erforderlich. Für den Fall, daß von dem Grundstücke des Berechtigten ein Teil wegveräußert wird und die Reallast nach Abs. 2 Satz 3 mit dem Teile verbunden bleibt, welchen der Berechtigte behält, sind die Vorschriften des § 876 nicht für anwendbar erklärt; sie sind ferner nicht für anwendbar erklärt, wenn die Reallast, weil sie nur einem der Teile zum Vorteile gereicht, im Falle der Teilung mit diesem Teile allein verbunden bleibt. Es fragt sich, ob sich die Anwendbarkeit des § 876 nicht für diese Fälle aus der Vorschrift des § 876 selbst ergibt. Die Frage dürfte zu verneinen sein. Der § 876 bezieht sich nur auf rechtsgeschäftliche Änderungen des Rechtes. In den fraglichen Fällen aber handelt es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche, sondern um eine kraft des Gesetzes eintretende Änderung (abw. in der Begr. Turnau-Förster I S. 535 Note 2, Kretzschmar II S. 385). Übrigens kann nach Maßgabe der Landesgesetze über das Unschädlichkeitszeugnis die Zustimmung der Dritten entbehrlich sein (Art. 120 Abs. 2 Nr. 2 des EG.).

6. **Begriff der Teilung.** Teilung im Sinne des § 1109 liegt sowohl dann vor, wenn, ohne daß ein Wechsel im Eigentum erfolgt, Teile des berechtigten Grundstücks von ihm im Grundbuch abgeschrieben und als selbständige Grundstücke, sei es auf demselben oder auf einem anderen Grundbuchblatte (s. GBO. § 4), eingetragen werden, als auch dann, wenn mit einer solchen Abschreibung ein Wechsel des Eigentums in betreff der einzelnen Teile verbunden ist.

7. **Wird das Grundstück des Berechtigten mit einem anderen Grundstücke vereinigt oder einem anderen Grundstücke zugeschrieben** (§ 890), so folgt aus § 1110, daß dies auf den Bestand oder den Inhalt der Reallast keinen Einfluß hat. Durch die Vereinigung oder Zuschreibung wird die Reallast nicht mit dem anderen Grundstück in Verbindung gebracht. Nach Lösung des Zusammenhanges bleibt die Reallast bei dem Grundstücke, mit welchem sie von Anfang an verbunden war (M. III S. 592).

§ 1110.

E. I § 1057; II § 1018 rev. § 1094; III § 1093. P. I S. 4867, 4871; M. III S. 589. P. II Bd. 3 S. 736 f.

1. **Untrennbarkeit der subjektiv dinglichen Reallast.** Der § 1110 stellt für die subjektiv dingliche Reallast den gleichen Grundsatz wie der § 1103 Abs. 1 für das subjektiv dingliche Vorkaufsrecht auf. Aus dem Grundsatze der Untrennbarkeit ergibt sich, daß die subjektiv dingliche Reallast das Schicksal des Grundstücks teilt, zu dessen Gunsten sie bestellt worden ist. Sie kann also nur mit diesem Grundstücke zusammen veräußert und belastet werden und bei Veräußerung des Grundstücks geht die Reallast von selbst auf den Erwerber des Grundstücks über. Der E. I § 1057 hatte dies ausdrücklich ausgesprochen; die Bestimmung ist von der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen worden (P. II Bd. 3 S. 737). Die Reallast ist ferner nicht Gegenstand einer Zwangsvollstreckung, sondern die Zwangsvollstreckung in das Grundstück erstreckt sich von selbst auf die Reallast. Wegen der Teilung des berechtigten Grundstücks s. § 1109.

Im übrigen s. S. 493 Erl. zu § 1103.

2. **Auf die vor dem Inkrafttreten des Reichsrechts begründeten Reallasten** findet **§ 1110** keine Anwendung. Die Übertragbarkeit gehört zum Inhalte des Rechtes im Sinne des EG. Art. 184 (M. a. a. O.; vgl. Bd. VI S. 359 Erl. 5 a γ zu Art. 184; a. M. Turnau-Förster I S. 537 Erl. 1, Staudinger III S. 367 Erl. 4, Willenbücher S. 145, Biermann S. 295).

§. 1111. Eine zu Gunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast kann nicht mit dem Eigenthum an einem Grundstücke verbunden werden.

Ist der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar, so kann das Recht nicht veräußert oder belastet werden.

§. 1112. Ist der Berechtigte unbekannt, so finden auf die Ausschließung seines Rechtes die Vorschriften des §. 1104 entsprechende Anwendung.

---

§ 1111.

E. I § 1059; II § 1020 rev. § 1095; III § 1094. P. I S. 4367; M. III S. 592. P. II Bd. 3 S. 733.

1. Der § 1111 regelt die **Übertragbarkeit der subjektiv persönlichen Reallast.**

a) Der Abs. 1, welcher dem für das subjektiv persönliche Vorkaufsrecht geltenden Grundsatze des § 1103 Abs. 2 entspricht, regelt die Übertragbarkeit der subjektiv persönlichen Reallast zunächst in negativer Weise, indem er eine Form der Übertragung, nämlich die Verbindung mit dem Eigentum an dem Grundstück ausschließt. Hierzu s. Erl. 1 zu § 1103.

b) Im übrigen ist die Übertragbarkeit der subjektiv persönlichen Reallast selbst im Abs. 2 davon abhängig gemacht, ob der Anspruch auf die einzelne Leistung übertragbar ist; hierüber s. Erl. 3. Ist der Anspruch auf die einzelne Leistung übertragbar, so ist auch die Reallast selbst übertragbar, anderenfalls ist sie unübertragbar. Verpflichtet eine Reallast zu mehreren Leistungen und ist nur der Anspruch auf einzelne nicht übertragbar, was z. B. beim Altenteile vorkommen kann (s. Rspr. 8 S. 131), so ist die Reallast insoweit, als der Anspruch auf einzelne Leistungen übertragbar ist, gleichfalls übertragbar, soweit dies nicht der Fall ist, ist die Übertragbarkeit ausgeschlossen, die Reallast verbleibt insofern dem Berechtigten (a. M. Turnau-Förster I S. 537 Anm. 1, welche die Reallast in diesem Falle für ganz unübertragbar erklären; a. M. auch Eck II S. 248 Anm. 1). Daß die Nichtübertragbarkeit eines einzelnen von mehreren Ansprüchen die Übertragbarkeit der Reallast als solcher nicht ausschließt, hatte der E. I § 1059 ausdrücklich anerkannt. Die zweite Kommission hat den E. I sachlich gebilligt. Die Fassung des § 1111 Abs. 2 ist freilich nicht unzweifelhaft.

2. Soweit die Reallast übertragbar ist, ist sie auch **belastbar.**

3. **Die Übertragbarkeit des Anspruchs auf die einzelne Leistung** bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Übertragbarkeit von Forderungen. Vgl. Bd. II S. 271 ff. Erl. 4 zu § 398, Erl. 1, 2 zu § 399.

4. **Die Übertragung und Belastung** richten sich in Ansehung der Reallast als solcher nach den §§ 873, 874, 878, in Ansehung des Anspruchs auf die einzelne Leistung nach § 1107 (s. S. 500 f. Erl. 9). Wegen der Zwangsvollstreckung s. CPO. § 857 Abs. 6.

5. Ob die subjektiv persönliche Reallast **vererblich** ist, darüber fehlt eine ausdrückliche Vorschrift. Es wird deshalb als Grundsatz die Vererblichkeit anzunehmen sein, soweit nicht die Unvererblichkeit ausdrücklich vereinbart ist oder sich nach dem Inhalte des Vertrags von selbst ergibt (a. A. Endemann II § 109 Note 11, welcher die Unvererblichkeit aus dem § 1111 ableitet). Beispiele von Fällen, in welchen sich die Unvererblichkeit aus dem Inhalte des Vertrags ergibt, finden sich namentlich beim Altenteile; vgl. z. B. preuß. AG. Art. 15 § 10, bayer. AG. Art. 47.

§ 1112.

E. II § 1021 rev. § 1096; III § 1095. P. II Bd. 3 S. 733.

1. **Aufgebot des unbekannten Berechtigten.** Aus der Vorschrift des § 1112 ergibt sich, daß, wenn der Berechtigte unbekannt ist, er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden kann, wenn die im § 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt die Reallast. Auf eine Reallast, die zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks besteht, finden diese Vorschriften keine Anwendung.

2. Wegen der Einzelheiten s. Erl. zu § 1104.

3. Für das **Aufgebotsverfahren** gelten die Besonderheiten der CPO. §§ 988, 1024.

Achter Abschnitt.

Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Achter Abschnitt.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines BGB. (2. Lesung), 1895; Hachenburg, Das BGB., Vorträge, 2. Aufl. 1900 S. 501—643; Mittelstein, Das Hypothekenrecht des BGB., 1898; Best, Das Hypothekenrecht in der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich, 1896 (2. Teil des oben S. 71 angeführten Werkes); v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, 1899; Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts, 1900.

1. Gegenstand der Hypothek 2c. Im Gegensatze zu dem E. I, welcher in dem neunten Abschnitte des dritten Buches unter der Überschrift „Pfandrecht und Grundschuld" sowohl die Bestimmungen über das „Pfandrecht an Grundstücken (Hypothek)" und die Grundschuld als auch die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten vereinigte, unterscheidet das BGB. zwischen Pfandrecht und Hypothek; der achte Abschnitt handelt nur von den Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, während der neunte (§§ 1204 ff.) die Vorschriften über das „Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten" enthält. Nach der Terminologie des BGB. sind also Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld keine Pfandrechte; dieser Ausdruck wird nur für die Belastung beweglicher Gegenstände gebraucht.

Gegenstand der Hypothek, der Grundschuld und der Rentenschuld sind dagegen nur Grundstücke (Bruchteile von Grundstücken nach Maßgabe des § 1114) und diejenigen Rechte, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (vgl. Erl. 3 zu § 1113). An anderen Rechten und an beweglichen Sachen ist eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld unzulässig. Allerdings haften nach §§ 1120 ff. für die Hypothek 2c. auch einige bewegliche Gegenstände. Diese bilden aber keinen selbständigen Gegenstand der Belastung, sondern werden nur von der das Grundstück belastenden Hypothek mitumfaßt. Insbesondere können auch die Früchte eines Grundstücks nicht ohne dieses mit einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld belastet werden. Vgl. über die Unzulässigkeit der Revenuenhypotheken Erl. 3 c zu § 1147.

Gegenstand der Hypothek bildet auch nicht das ganze Vermögen. Generalhypotheken sind mit dem Eintragungs- und dem sog. Spezialitätsprinzip (S. 75 Vorbm. V 4 zum zweiten Abschnitt) unvereinbar und daher dem BGB. unbekannt (vgl. M. III S. 597).

2. Arten der Grundkreditbelastung. Sehr zahlreich sind die den Bedürfnissen des Grundkredits dienenden Arten der Belastung eines Grundstücks oder eines den Grundstücken gleichgestellten Rechtes, welche in dem BGB. aufgestellt sind: die gewöhnliche Hypothek oder Verkehrshypothek mit Hypothekenbrief (Briefhypothek), dieselbe als Buchhypothek, die Sicherungshypothek, welche nur als Buchhypothek zulässig ist, die Briefgrundschuld, die Buchgrundschuld, die Briefrentenschuld und die Buchrentenschuld. Für die Aufnahme aller dieser Arten, trotz der dagegen geltend gemachten Bedenken, war entscheidend die Rücksicht auf die Verschiedenheit des bisherigen Rechtes, der bestehenden Gewohnheiten und der wirtschaftlichen Verhältnisse in den einzelnen Teilen des Reichs in Verbindung mit der „Überzeugung, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der Rechtsnormen für den Realkredit es vor allem vermeiden müsse, die bisher vorhandene Geneigtheit des Kapitals zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses des Grundbesitzes, wenn auch nur für eine Übergangszeit, zu vermindern oder gar zu vernichten" (vgl. P. I S. 4891 ff., 5367 ff.; M. III S. 609 ff.; P. II Bd. 3 S. 508 ff.; D. S. 669; KB. S. 2003 f.; StB. S. 730, 738; Hachenburg, Beiträge S. 54 ff.). Zwischen den verschiedenen Formen haben die Beteiligten regelmäßig die Wahl.

Sämtliche Belastungsarten „stimmen ihrem Inhalte nach darin überein, daß an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke, d. h. aus dem im Wege der Zwangsvollstreckung zu erzielenden Ertrag oder Erlöse des Grundstücks, zu zahlen ist". (D. S. 669; vgl. §§ 1113, 1147, 1191, 1199). Verschieden sind sie in folgenden Punkten.

a) Die Hypothek unterscheidet sich von der Grundschuld nach dem Wortlaute des Gesetzes (§§ 1113, 1191) dadurch, daß letztere schlechthin die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstücke zum Inhalte hat, während bei der Hypothek die Geldsumme an den Berechtigten „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung" zu zahlen ist. Die Hypothek setzt also, anders als die Grundschuld, eine Forderung voraus, welche bei der Eintragung der Hypothek im Grundbuche bezeichnet werden muß (vgl. § 1115 nebst Erl.). Damit steht es im Einklange, daß § 1192 die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld für entsprechend anwendbar erklärt, „soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt". Die Hypothek ist demnach akzessorisch. Allerdings ist dies nicht dahin zu verstehen, daß das als Hypothek eingetragene dingliche Recht überhaupt nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht besteht oder untergeht; das Grundstück wird vielmehr trotz des Mangels der Forderung belastet und die Belastung bleibt trotz des Unterganges der Forderung bestehen, aber in diesen Fällen steht das dingliche Recht nicht dem eingetragenen Gläubiger zu und ist keine Hypothek, sondern eine Eigentümer-Grundschuld (vgl. § 1163 Abs. 1, § 1177 Abs. 1). Das Bestehen der Forderung ist also nicht nur für die Legitimation des Gläubigers von Bedeutung (so P. II Bd. 3 S. 539; Oberneck I § 122 Ziffer 1 S. 697 ff.), sie bildet nicht nur die Voraussetzung für den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger und für die Fortdauer seines Gläubigerrechts (so z. B. Hachenburg, Beiträge S. 30 ff., Vorträge S. 508, 533 ff.; Biermann S. 297), sondern von ihr hängt der Bestand des dinglichen Rechtes als Hypothek ab (übereinstimmend Turnau-Förster I S. 592, Fuchs S. 377; vgl. auch Dernburg III § 222; Eck, Vorträge II S. 255 ff.; Gierke, Deutsches Privatr. II § 157 Ziff. IV 1 S. 843, § 160 Ziff. IV S. 880 ff.; a. M. Staudinger III S. 374 f.).

Für die akzessorische Natur der Hypothek sprechen auch die Vorschriften des § 1153, nach welcher mit der Übertragung der Forderung die Hypothek auf den neuen Gläubiger übergeht und die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, und des § 1137 über die Befugnis des Eigentümers, gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend zu machen.

„Der Grundsatz, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek von einer Forderung abhängt, erfährt dadurch eine Ausnahme, daß zugunsten desjenigen Erwerbers, der im übrigen nach Maßgabe der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist, auch die Forderung so, wie sie aus dem Grundbuch ersichtlich ist, als bestehend gilt" (D. S. 669). Nach § 1138 gelten nämlich bei der Verkehrshypothek (nicht bei der Sicherungshypothek, vgl. unten unter b) die Vorschriften der §§ 891—899 über die Vermutung des Bestehens des Rechtes und über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs „für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden". Einem gutgläubigen Erwerber der Hypothek, der nicht die persönliche Forderung, sondern sein dingliches Recht geltend macht, kann also der Eigentümer nicht entgegenhalten, daß die Forderung nicht oder nicht mehr bestehe oder Einreden unterliege, die weder aus dem Grundbuche noch aus dem etwaigen Briefe erhellen. Auch die Vorschriften des § 1141 über die Kündigung und des § 1146 über den Verzug des Eigentümers geben dem dinglichen Rechte eine gewisse Selbständigkeit gegenüber der persönlichen Forderung, indem sie die Fälligkeit der Hypothek unabhängig von der der Forderung eintreten lassen und eine weitergehende Haftung des Eigentümers als des persönlichen Schuldners ermöglichen. Schließlich läßt das BGB. nicht nur die Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld (§ 1198), sondern auch einen Wechsel der durch die Hypothek gesicherten Forderung trotz des Fortbestehens der Hypothek zu (§ 1180).

Durch diese Bestimmungen ist die akzessorische Natur der Hypothek eingeschränkt, aber nicht beseitigt; Voraussetzung für das Bestehen der Hypothek als solcher ist das Bestehen der gesicherten Forderung oder die auf den guten Glauben des Erwerbers gestützte Fiktion ihres Bestehens. Besteht sie nicht oder erlischt sie, so steht das eingetragene dingliche Recht als Grundschuld dem Eigentümer zu, sofern sie nicht ausnahmsweise mit einer anderen Forderung verknüpft wird.

Die Grundschuld ist dagegen von einer persönlichen Forderung unabhängig. Eine solche braucht neben ihr überhaupt nicht zu bestehen; durch Bestellung einer Grundschuld kann der Schuldner seine Haftung auf das Grundstück beschränken. Aber auch ihr kann eine persönliche Schuld zugrunde liegen, wie in dem ZVG. § 53 Abs. 2 ausdrücklich anerkannt ist; das Bestehen dieser Schuld ist jedoch für die Grundschuld, und zwar nicht nur für den Bestand des dinglichen Rechtes, sondern auch für das Recht des eingetragenen Gläubigers ohne Bedeutung. Daß die

Forderung, welche den Anlaß zu der Bestellung gegeben hat, nicht zur Entstehung gelangt oder (z. B. wegen Wuchers) nichtig ist, steht dem Erwerbe der Grundschuld durch den eingetragenen Gläubiger nicht entgegen; dieser haftet dem Eigentümer nur persönlich nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (Hachenburg, Beiträge S. 36ff., Vorträge S. 542ff.). Auch das Erlöschen der persönlichen Schuld ist ohne Einfluß auf das Grundschuldrecht. Die der Grundschuld zugrunde liegende Forderung darf daher auch in dem Grundbuche nicht erwähnt werden.

Das BGB. enthält für die Grundschuld nur wenige Sondervorschriften. Während bei der Hypothek Zahlungszeit und Zahlungsort sich nach der Forderung bestimmen, sind diese Punkte für die Grundschuld durch §§ 1193, 1194 geregelt. Abweichungen von den für die Hypotheken geltenden Regeln enthalten ferner die §§ 1195, 1196, indem sie einen Inhabergrundschuldbrief und die Bestellung der Grundschuld für den Eigentümer zulassen, während der Hypothekenbrief nie auf den Inhaber gestellt (vgl. § 1187) und die Hypothek stets nur für den Gläubiger der gesicherten Forderung bestellt werden darf. Im übrigen finden auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung; anders als die preußischen Gesetze v. 5. Mai 1872 (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 123), läßt das BGB. bei der Grundschuld wie bei der Hypothek die Ausschließung der Erteilung des Briefes zu, kennt bei beiden weder Blankozession noch Zinsquittungsscheine und gestattet die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs stets dem unentgeltlichen Erwerber (oben S. 135 Erl. II 1c zu § 892). Aus dem begrifflichen Unterschiede zwischen der Hypothek und Grundschuld folgt aber, daß die Vorschriften über die Hypothek insoweit nicht zur Anwendung gelangen, als sich daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt (§ 1192). Welche Vorschriften demnach nicht oder nur modifiziert anzuwenden sind, darüber vgl. die Erl. zu § 1192.

b) Der Unterschied zwischen der Verkehrshypothek und der Sicherungshypothek besteht in der streng akzessorischen Natur der letzteren (vgl. M. III S. 619; P. II Bd. 3 S. 680). Bei der Verkehrshypothek hat, wenn der Gläubiger nicht die persönliche Forderung, sondern das Hypothekenrecht geltend macht, die eingetragene Forderung die Vermutung ihres Bestehens für sich und steht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs; dem Erwerber können daher keine Einwendungen aus dem persönlichen Schuldverhältnis oder aus der Person des bisherigen Gläubigers entgegengehalten werden, die weder aus dem Grundbuch oder dem Hypothekenbrief erhellen noch ihm bei dem Erwerbe bekannt gewesen sind (§§ 1138, 1140, 1156). Bei der Sicherungshypothek bestimmt sich dagegen das Recht des Gläubigers nur nach der Forderung; er kann sich zum Beweis ihres Bestehens und ihrer Höhe nicht auf die Eintragung im Grundbuche berufen und muß sich, auch wenn er gutgläubig ist, alle Einwendungen aus dem Schuldverhältnis und nach den Regeln der Forderungsabtretung (§§ 406—415) Einwendungen aus der Person des früheren Gläubigers gefallen lassen (§§ 1184, 1185); insbesondere kann der Eigentümer der Hypothekenklage entgegenhalten, daß die Forderung an den früheren Gläubiger gezahlt sei, bevor der Schuldner Kenntnis von der Abtretung erhalten habe. Der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs hat also für die Sicherungshypothek nur in Ansehung des Bestehens des dinglichen Rechtes, insbesondere der Gültigkeit des dinglichen Vertrags Bedeutung. Ebenso wie in diesem Punkte gilt auch hinsichtlich der Eigentümerhypothek für beide Hypothekenformen das gleiche; auch die Sicherungshypothek ist beim Fehlen der Forderung nicht nichtig, sondern besteht als Eigentümergrundschuld (vgl. die Erl. zu §§ 1184, 1185 sowie Hachenburg, Vorträge S. 545ff.).

Die Sicherungshypothek ist nicht auf die Fälle beschränkt, in denen das Entstehen der gesicherten Forderung oder ihre Höhe noch ungewiß ist. Vielmehr können die Beteiligten, auch wenn die Voraussetzungen der Verkehrshypothek gegeben sind, statt derselben eine Sicherungshypothek eintragen lassen. Zu der Zulassung der Sicherungshypothek in diesem weiten Umfange hat die Rücksicht auf diejenigen Teile Deutschlands, in denen bisher eine streng akzessorische Hypothek in Geltung war, und die Erwägung geführt, daß der Eigentümer nicht gezwungen werden dürfe, sich den mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs verbundenen Gefahren auszusetzen, sondern unbedingt in der Lage sein müsse, bei der Eintragung der Hypothek sich alle Einreden auch gegen den gutgläubigen Erwerber der Hypothek zu erhalten, die ihm gegen die zugrunde liegende Forderung entstanden seien oder erwachsen würden (M. III S. 619, 627; P. II Bd. 3 S. 680ff.).

Die Sicherungshypothek muß als solche im Grundbuche bezeichnet werden; nur die Hypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber, aus Wechseln oder anderen in-

dossabelen Papieren und die Ultimat-(Maximal-, Kautions-)Hypotheken, bei denen nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird, gelten als Sicherungshypotheken, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet sind (§ 1184 Abs. 2, § 1187 Satz 2, § 1190 Abs. 3).

Wie diese Hypotheken, so sind auch verschiedene andere nur als Sicherungshypotheken zugelassen, nämlich die auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts einzutragende Hypothek an Grundstücken des Vormundes, Pflegers oder Beistandes auf Grund des § 54 des FGG., die Hypothek des Pfandgläubigers einer Forderung auf Übereignung eines Grundstücks aus § 1287 und CPO. § 848, die Zwangs- und Arresthypotheken (CPO. §§ 866, 867, 932), die auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts auf Grund des ZVG. §§ 128, 130 einzutragenden Hypotheken und die auf landesgesetzlichen Titel beruhenden Hypotheken des Fiskus, der Körperschaften, Stiftungen oder Anstalten des öffentlichen Rechtes oder der unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehenden Stiftungen gemäß Art. 91 des EG. (Bd. VI S. 206). Bei allen diesen Hypotheken sollen dem Eigentümer Einwendungen gegen die gesicherte Forderung auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber erhalten bleiben; deshalb ist eine Verkehrshypothek ausgeschlossen.

Bei der Grundschuld und der Rentenschuld ist bei ihrer Unabhängigkeit von einer zugrunde liegenden Forderung eine der Sicherungshypothek entsprechende Form undenkbar.

c) Als besondere Arten der Hypotheken kann man auch **die Briefhypothek und die Buchhypothek** bezeichnen. Allerdings entspricht dies nicht dem Sprachgebrauche des BGB.; dieses kennt die Ausdrücke „Briefhypothek, Buchhypothek" nicht und spricht auch nicht von einer Umwandelung bei der nachträglichen Ausschließung der Erteilung des Briefes oder der Aufhebung der Ausschließung (vgl. § 1116); im Sinne des Gesetzes ist also eine Hypothek mit Hypothekenbrief keine andere Hypothekenform als eine Hypothek, bei der die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist. Indessen mit Rücksicht auf die gleich zu erörternden Verschiedenheiten läßt sich die in Theorie und Praxis übliche Bezeichnung der Buch- und der Briefhypotheken als besondere Arten rechtfertigen.

Zulässig ist die Erteilung des Briefes wie die Ausschließung der Erteilung bei jeder Form der Grundkreditbelastung mit Ausnahme der Sicherungshypothek, welche nur als Buchhypothek zugelassen ist. Bei der Verkehrshypothek sieht das BGB. im Gegensatze zu dem E. I, in welchem der Fall der Buchhypothek als der Regelfall unterstellt und zur Bildung eines Briefes eine Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger und die Eintragung in das Grundbuch gefordert wurde (vgl. M. III S. 618, E. I § 1106), die Briefhypothek als die für den Verkehr wichtigere und in dem größeren Teile Deutschlands häufigere Form als Regel an (P. II Bd. 3 S. 640) und verlangt zur Ausschließung der Erteilung des Briefes die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers und die Eintragung in das Grundbuch (§ 1116). Dieselben Vorschriften finden auf die Grundschuld und auf die Rentenschuld Anwendung; den Satz der preuß. GBO. § 122: „Auf die Ausfertigung des Grundschuldbriefs darf nicht verzichtet werden" hat zwar der E. I § 1138, nicht aber das BGB. übernommen (vgl. P. II Bd. 3 S. 709). Andererseits ist dem BGB. auch die Vorschrift der preuß. GBO. § 129 Abs. 2 unbekannt, welche die nachträgliche Bildung eines Hypothekenbriefs von Amtswegen anordnete, wenn bei einer Buchhypothek eine Veränderung eingetragen wurde; eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, bei der die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist, bleibt vielmehr dauernd Buchhypothek ꝛc., bis sie durch Einigung und Eintragung in eine Briefhypothek ꝛc. umgewandelt wird (§ 1116 Abs. 2). Dasselbe gilt in dem umgekehrten Falle. Nur bei der Umwandelung einer Briefhypothek in eine Sicherungshypothek fällt der Brief ohne weiteres fort und die Umwandelung der letzteren in eine Verkehrshypothek macht in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung die Buchhypothek zu einer Briefhypothek.

Der Hauptzweck des Briefes besteht darin, die Verkehrsfähigkeit des verbrieften Rechtes zu erhöhen. Hieraus erklärt sich die Unzulässigkeit der Erteilung des Briefes für die nicht für den Verkehr bestimmte Sicherungshypothek (M. III S. 765). Der angeführte Zweck wird dadurch erreicht, daß das Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldrecht, sofern die Erteilung des Briefes nicht ausgeschlossen ist, in gewisser Weise mit dem Rechte an dem Papiere verknüpft ist. Erst mit der Übergabe des Briefes seitens des Eigentümers erwirbt der Gläubiger das neu eingetragene Recht, bis dahin steht es dem Eigentümer zu; die Übergabe kann jedoch durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen, und wird vermutet, wenn der Gläubiger im Besitze des Briefes ist (§ 1117, § 1163 Abs. 2). Die Übertragung des Rechtes, welche bei der Buchhypothek,

der Buchgrundschuld und der Buchrentenschuld sich durch Einigung und Eintragung vollzieht, erfordert bei der Briefhypothek ꝛc. stets die Übergabe des Briefes; daneben ist die Eintragung der Abtretung nicht unbedingt erforderlich, sondern statt ihrer genügt die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form (§ 1154). Die Übertragung kann sich also außerhalb des Grundbuchs durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Briefes vollziehen. Entsprechendes gilt für die Belastung des Rechtes mit Nießbrauch oder Pfandrecht (§§ 1069, 1274) sowie für die Pfändung und Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung; auch zu der Pfändung wird außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Briefes an den Gläubiger oder seine Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher, aber nicht die Eintragung gefordert und zur Überweisung der gepfändeten Briefhypothekenforderung, Briefgrundschuld und Briefrentenschuld genügt die Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an den Gläubiger, während bei der Buchhypothek ꝛc. die Eintragung der Pfändung und der Überweisung an Zahlungsstatt in das Grundbuch erforderlich ist (CPO. §§ 830, 837, § 857 Abs. 6). Damit nun von der Übertragung und Belastung durch Abtretungs- oder Belastungserklärung und Übergabe des Briefes mit derselben Sicherheit, welche die Eintragung in das Grundbuch bietet, Gebrauch gemacht werden kann, stellt das BGB. § 1155 für die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 891—899 einem eingetragenen Gläubiger den Besitzer des Briefes gleich, dessen Gläubigerrecht sich aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, von gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen oder von öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung ergibt; wer also z. B. durch Rechtsgeschäft von dem auf diese Weise legitimierten Besitzer des Briefes erwirbt, kann sich auf den öffentlichen Glauben ebenso berufen, als wenn jener Besitzer in das Grundbuch eingetragen wäre.

Wenn durch diese Vorschrift der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs für die Briefhypothek ꝛc. eine Ausdehnung erfährt, so wird er andererseits durch die Bestimmungen eingeschränkt, daß die Berufung auf den öffentlichen Glauben ausgeschlossen ist, soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Briefe hervorgeht, und daß ein aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe ersichtlicher Widerspruch einem im Grundbuch eingetragenen gleichsteht (§ 1140). Das im Grundbuch Eingetragene gilt daneben ebenfalls als bekannt, in dieser Hinsicht weicht das Recht der Briefhypothek von dem der Buchhypothek nicht ab, und bei einem Widerspruche zwischen dem Inhalte des Buches und des Briefes geht ersterer vor.

Mit diesen Besonderheiten der Briefhypothek ꝛc., insbesondere mit der angeführten Durchbrechung des Eintragungsprinzips stehen die weiteren Sondervorschriften im Zusammenhange, daß eine Eintragung bei der Briefhypothek ꝛc. fast ausnahmslos nur erfolgen soll, wenn der Brief vorgelegt wird (GBO. §§ 42f.), und daß der Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek ꝛc., bei der Kündigung oder Mahnung auf Verlangen des Gegners den Brief vorzulegen hat. Der nicht eingetragene Gläubiger muß außerdem die Urkunden vorlegen, welche nach § 1155 dem Gegner die Berufung auf den öffentlichen Glauben ermöglichen (vgl. §§ 1160, 1161 sowie die Vorschriften der §§ 1144, 1145, 1150, 1162).

Die Briefhypothek ꝛc. dient ferner auch der Sicherung des Eigentümers. „Sie bietet dem Besteller stärkeren Schutz gegen die Gefahr, daß der Gläubiger die Hypothek vor Zahlung des Gegenwertes oder nach Rückzahlung desselben an einen durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützten Dritten abtritt und dem Besteller auf diese Weise die bezüglichen Einwendungen abschneidet“ (D. S. 669; P. II Bd. 3 S. 517). Bei der Buchhypothek erlangt der Gläubiger mit der Eintragung die Möglichkeit zur Verfügung über die Post, auch wenn er die Valuta noch nicht gezahlt hat (vgl. Erl. 1 zu § 1139), und behält diese auch nach der Tilgung der Hypothek bis zur Berichtigung des Grundbuchs. Bei der Briefhypothek kann er dagegen nur verfügen, nachdem er den Brief erhalten und solange er ihn noch im Besitze hat; der Eigentümer kann sich daher gegen die erwähnte, mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs verbundene Gefahr sichern, indem er erst gegen Empfang der Valuta den Brief aushändigt und nur gegen dessen Rückgabe die Post tilgt. Diese Möglichkeit des Austausches des Gegenwerts und des Briefes Zug um Zug im Gegensatze zu der Buchhypothek, bei der eine Partei vorzuleisten hat, kommt auch dem Gläubiger und bei einer Abtretung dem Zedenten und dem Zessionar zugute (vgl. Hachenburg, Vorträge S. 581).

Umgekehrt bietet auch die Buchhypothek Vorzüge im Vergleiche zu der Briefhypothek. Sie „erspart dem Gläubiger die Aufbewahrung der Urkunde und die mit dem Verluste derselben verbundenen Unzuträglichkeiten. Auch gewährt sie ihm die Sicherheit, daß er von der Einleitung einer Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung Nachricht erhält“ (D. und P. a. a. O.).

Schließlich können erhebliche Nachteile entstehen, wenn der Brief den Inhalt des Grundbuchs nicht richtig wiedergibt, wenn auch dieser Fall auf Grund der Vorschriften der GBO. nur sehr selten vorkommen wird (vgl. insbesondere GBO. §§ 42, 43, 62 über die Verpflichtung zur Vorlage der Briefe und zum Vermerke jeder Eintragung, die bei der Briefhypothek erfolgt).

d) **Die Rentenschuld** unterscheidet sich von den übrigen Formen des Grundkredits dadurch, daß sie dem Berechtigten kein Recht auf Zahlung eines Kapitals gewährt, sondern daß bei ihr „in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist“ (§ 1199 Abs. 1). Allerdings muß bei der Bestellung der Rentenschuld die Ablösungssumme, d. h. „der Betrag, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann“, bestimmt und im Grundbuch angegeben werden (ebd. Abs. 2). Der Berechtigte hat aber auf diese Summe regelmäßig keinen Anspruch, das Recht zur Ablösung steht nur dem Eigentümer zu; der Gläubiger kann die Ablösungssumme erst fordern, nachdem der Eigentümer durch Kündigung (§ 1202) deren Fälligkeit herbeigeführt hat, außerdem aber, wenn infolge einer Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Rentenschuld gefährdet wird und der Eigentümer auf Verlangen des Gläubigers die Gefährdung nicht innerhalb der gestellten Frist beseitigt (§§ 1201, 1133). In dieser grundsätzlichen Unkündbarkeit der Rente seitens des Gläubigers liegt das wesentliche der Rentenschuld, deren Aufnahme in das BGB. durch die namentlich in landwirtschaftlichen Kreisen vertretene Ansicht veranlaßt ist, daß die Belastung des ländlichen Grundbesitzes, der nur Früchte gebe, mit Kapitalschulden etwas Unnatürliches sei (M. III S. 631; P. II Bd. 3 S. 510, 515, 777 ff.; Hachenburg, Beiträge S. 48, Vorträge S. 576). Im übrigen gilt von der Rentenschuld dasselbe wie von der Grundschuld, die Rentenschuld bildet eine Unterart der letzteren; als von einer Forderung abhängiges Recht, als Verkehrs- oder Sicherungshypothek ist sie nicht zugelassen. Auf die einzelnen Leistungen finden die Vorschriften über die Hypotheken- (und Grundschuld-)Zinsen, auf die Ablösungssumme die für ein Grundschuldkapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung; insbesondere kommen auch die Bestimmungen über die Eigentümergrundschuld auf die Rentenschuld zur Anwendung (§ 1200).

e) Als eine besondere Art der Grundkreditbelastung ist auch **die Eigentümerhypothek und die Eigentümergrundschuld** anzusehen. Sie hat für das jetzige Recht eine weit größere Bedeutung als für das frühere (vgl. M. III S. 725). Nach dem preuß. Rechte (Ges. über den Eig.Erw. §§ 63—67, vgl. dazu den Kommentar von Achilles 4. Aufl. S. 267 ff.) entstand eine Eigentümerhypothek oder eine Eigentümergrundschuld, wenn das belastete Grundstück von dem Gläubiger erworben wurde, wenn der Eigentümer das Recht des Gläubigers durch Abtretung oder Erbgang erwarb und wenn der Gläubiger durch Zahlung oder auf andere Weise von dem Eigentümer befriedigt wurde; außerdem konnte die Grundschuld von vornherein auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden (Ges. über den Eig.Erw. § 27; Achilles das. S. 169). Dagegen ging die Hypothek nicht auf den Eigentümer über, wenn die Forderung, für welche sie bestellt war, von vornherein ungültig war oder auf andere Weise als durch Befriedigung seitens des Eigentümers oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld in dessen Person erlosch (Achilles a. a. O. S. 274 f. Erl. 1a, 2; RG. 3 S. 266, 32 S. 308, 44 S. 268, 48 S. 48). Mit diesen Vorschriften des preußischen Rechtes stimmen die Bestimmungen des E. I im wesentlichen überein. Auch nach ihm sollte die Hypothek stets ungültig sein und nicht zur Eigentümerhypothek werden können, wenn die Forderung, für welche sie bestellt war, von Anfang an nicht bestanden hatte; sie sollte regelmäßig auch mit dem Untergange der Forderung erlöschen, es sei denn, daß die letztere auf Grund der Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung als fortbestehend gilt (vgl. Erl. 4 zu § 1138). Nur ausnahmsweise sollte die Hypothek bei dem Erlöschen der Forderung zur Eigentümerhypothek werden, nämlich wenn der Eigentümer den Gläubiger befriedigt oder wenn sich Forderung und Verbindlichkeit in der Person des Eigentümers vereinigen (E. I §§ 1092, 1094, 1097; vgl. M. III S. 726; P. II Bd. 3 S. 599). Im Gegensatze hierzu läßt das BGB. die Eigentümerhypothek in viel weiterem Umfange zu. Zu dieser Ausdehnung hat insbesondere die Erwägung geführt, daß der Darleiher nicht mehr erwarte und erwarten könne, als eine Hypothek mit dem Range der zur Zeit der Beleihung freien Stelle zu erhalten, und sich für die mindere Sicherheit andere Vorteile auszubedingen pflege; die nachstehenden Hypothekengläubiger würden daher einen unverdienten, beim Abschlusse des Geschäfts nicht mit in Betracht gezogenen Vorteil erlangen, wenn beim Wegfall einer Hypothek die nachstehenden Hypotheken ohne weiteres aufrücken würden (P. II Bd. 3 S. 599—601; Hachenburg, Beiträge S. 9 ff.). Rechnet der Gläubiger ausnahmsweise auf den Wegfall der vorstehenden Post, so muß er die Eintragung einer Vormerkung auf

Grund des § 1179 erwirken. (Für die Übergangszeit vgl. EG. Art. 194, Bd. VI S. 393f. Erl. 1 zu Art. 194.)

Nach dem BGB. steht die Hypothek in folgenden Fällen dem Eigentümer zu:

α) wenn eine Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 1163 Abs. 1 Satz 1),

β) wenn die Forderung erlischt (das. Satz 2); hiervon gelten jedoch Ausnahmen zugunsten des mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldners in den Fällen des § 1164 und für den Fall der Zwangsvollstreckung gemäß § 1181;

γ) wenn und soweit der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer die Forderung erwirbt, sei es durch Abtretung, durch Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung, durch Erbgang oder gemäß § 1143 durch Befriedigung des Gläubigers. Die Fortdauer der Hypothek in diesem Falle bildet keine Besonderheit des Hypothekenrechts, sondern lediglich eine Folge der allgemeinen Vorschrift des § 889, welche die Konfusion als Erlöschungsgrund der Rechte an fremden Grundstücken beseitigt;

δ) wenn bei einer Briefhypothek der Brief dem Gläubiger noch nicht übergeben ist (§ 1163 Abs. 2);

ε) wenn der Gläubiger ganz oder zu einem Teil auf die Hypothek verzichtet (§ 1168); dem Verzichte steht die Schuldübernahme gleich, sofern nicht der Eigentümer in diese einwilligt (§ 418);

ζ) wenn der unbekannte Gläubiger im Aufgebotsverfahren mit seinem Rechte ausgeschlossen wird (§§ 1170, 1171);

η) schließlich geht eine Zwangshypothek auf den Eigentümer über, wenn durch eine vollstreckbare Entscheidung die Entscheidung, auf Grund deren die Zwangshypothek eingetragen ist, oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet wird, oder wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln angeordnet wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt (CPO. § 868).

Für die Gesamthypothek gelten einige Besonderheiten (vgl. unter f). Dagegen macht es — abgesehen von dem Falle unter δ, der nur bei der Briefhypothek, also nur bei der Verkehrshypothek, und von dem letzten, der nur bei der Zwangshypothek, also nur bei der Sicherungshypothek vorkommen kann — keinen Unterschied, ob die Hypothek eine Verkehrs- oder eine Sicherungshypothek ist; auch für Maximalhypotheken gilt (anders als nach dem preuß. Eig.Erw.Ges. § 67) keine Ausnahme. Nur die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, es sei denn, daß einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht (§ 1178).

Diese Bestimmungen finden auf die Grundschuld entsprechende Anwendung. Bei deren Unabhängigkeit von einer persönlichen Forderung können jedoch die unter α und γ angeführten Fälle überhaupt nicht und der Fall β nur bei einer Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer zur Anwendung gelangen, und auch der letzte Fall ist unanwendbar. Andererseits kann, wie nach dem preuß. Rechte, so auch nach dem BGB. eine Grundschuld, anders als eine Hypothek, von vornherein auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden (§ 1196).

Den Inhalt und die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek anlangend, ist davon auszugehen, daß sie nicht etwa bloß das Recht gewährt, an Stelle der alten in Wahrheit erloschenen Hypothek eine neue eintragen zu lassen, den freigewordenen Teil des Wertes zur Begründung einer neuen Hypothek zu verwenden; das Institut des Stellenvorbehalts, welches in Bayern, Weimar und Mecklenburg galt, ist in das BGB. nicht übergegangen (s. M. III S. 736ff., P. II Bd. 3 S. 614, 726). Auf den Eigentümer geht vielmehr das fortbestehende dingliche Recht über, die Eigentümerhypothek und die Eigentümergrundschuld ist eine wirkliche Hypothek oder Grundschuld. Letzteres ist freilich sehr bestritten (vgl. Bruck, Eigentümerhypothek S. 103ff., 122ff.), namentlich von Oberneck (Reichsgrundbuchr. 3. Aufl. §§ 114, 115; Gruch. 47 S. 306ff.), Bruck (a. a. O. S. 130ff.), Hirsch (Arch. für Bürg. R. 25 S. 222ff.), Goldschmidt (ebd. Bd. 20 S. 23) und Kindel (Festgabe für Rich. Koch 1903 S. 75ff.). Oberneck bestimmt die Eigentümerhypothek als die aus dem Eigentumsrechte fließende Befugnis des Eigentümers, vermöge des formalen Fortbestandes der Hypothek über den zugunsten eines anderen ausgeschiedenen und kraft Gesetzes ihm wieder anheimgefallenen Wertteil seines Grundstücks zu verfügen (ebenso

Staudinger III S. 495; Willenbücher, Liegenschaftsr. S. 209; s. auch Güthe im Recht 1901 S. 220); Bruck bezeichnet sie als die Formalisierung eines ideellen Wertteils des Grundstücks zum Zwecke der Haftung für eine eventuelle Schuld oder als die Zurückgewinnung eines ideellen Wertteils, der gehaftet hatte (vgl. gegen die Werttheorie von Oberneck und Bruck z. B. Hirsch a. a. O. S. 232f., Predari in CBl. f. FG. 5 S. 509), Hirsch nennt sie die zu einem bestimmten Teil und Rang im Grundbuche verlautbarte Surrogationsbefugnis des Eigentümers und ähnlich bezeichnet Goldschmidt sie als das durch das Erlöschen des Gläubigerrechts von dem Eigentümer wiedergewonnene Recht, mit dinglicher Wirkung den betreffenden Anteil an dem etwaigen Zwangserlöse des Pfandgrundstücks einem anderen anzuweisen; nach Kindel schließlich ist die Eigentümerhypothek die Summe der Befugnisse, welche aus einer aufgehobenen, aber nicht gelöschten Hypothek in das Eigentum zurückgekehrt sind, aus einer eingetragenen, aber nicht gültigen Hypothek beim Eigentümer zurückgeblieben sind und dem Eigentümer gegen die nacheingetragenen Gläubiger durch die Eintragung erhalten werden. Indessen nach der Fassung der Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek, insbesondere der §§ 1163, 1168, 1170, 1177, 1197, in Verbindung mit der Bestimmung des § 889 verdient die oben dargelegte Ansicht den Vorzug (vgl. oben S. 128f. Erl. 1, 2 zu § 889; Eck, Vorträge II S. 309ff.; Dernburg III § 209 Ziff. 3, § 218 Ziff. 2b; Fuchs S. 520 Vorbm. 4 vor § 1163, S. 668 Erl. 1 zu § 1197; s. schließlich auch Gierke, Deutsches Privatr. II § 166 Ziff. II S. 921ff.).

Ob das dem Eigentümer zustehende Recht eine Hypothek oder eine Grundschuld ist, hängt davon ab, ob dem Eigentümer auch die durch die Hypothek gesicherte persönliche Forderung zusteht oder nicht. Ersterenfalls (z. B. in dem Falle γ) bleibt die Eigentümerhypothek eine Hypothek, letzterenfalls verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld (BGB. § 1177). In jenem Falle spricht man wohl von einer „Hypothek des Eigentümers" (hiergegen mit Recht Oberneck in Gruch. 47 S. 315) im Gegensatze zu der eigentlichen Eigentümerhypothek, welche richtiger als Eigentümergrundschuld zu bezeichnen ist. In dem ersteren Falle bleibt, wie die persönliche Forderung, so auch das dingliche Hypothekenrecht trotz des Überganges auf den Eigentümer unverändert bestehen. Das Recht des Eigentümers ist jedoch, solange die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentume besteht, nach den Regeln über die Eigentümergrundschuld (§ 1197) beschränkt. Der Eigentümer kann sein Recht zwar in der von einem anderen betriebenen Zwangsvollstreckung geltend machen, aber nicht selbst die Zwangsvollstreckung zu seiner Befriedigung betreiben und Zinsen nur für die Dauer einer von einem anderen betriebenen Zwangsverwaltung beanspruchen (§ 1177 Abs. 2, § 1197). Mit der Aufhebung der Vereinigung, durch Übertragung der Hypothekenforderung oder des Eigentums an dem belasteten Grundstück auf einen Dritten, besteht die Hypothek als solche mit vollem Inhalte weiter. In dem zweiten Falle, in welchem dem Eigentümer nicht die persönliche Forderung, sondern nur das dingliche Recht zusteht, verwandelt sich dieses in eine Grundschuld, weil wie oben S. 508 Vorbm. 2a erörtert, die Hypothek nach dem Untergange der Forderung als solche nicht fortbesteht. Für diese Grundschuld bleiben jedoch in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die erloschene Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend (§ 1177 Abs. 1). Die Rechte des Grundschuldgläubigers sind während der Dauer der Vereinigung die gleichen wie die des Eigentümerhypothekengläubigers (§ 1197). Nach Aufhebung der Vereinigung stehen dem Gläubiger alle Rechte des Grundschuldgläubigers zu. Das dingliche Recht bleibt auch jetzt eine Grundschuld und kann nur durch Einigung und Eintragung wieder zur Hypothek umgewandelt werden (§ 1198; vgl. die Erl. zu § 1177).

f) Von den erwähnten Vorschriften über die Eigentümerhypothek und die Eigentümergrundschuld gelten für **die Gesamthypothek und die Gesamtgrundschuld** eine Reihe von Ausnahmen. Eine Gesamthypothek ist eine Hypothek, welche auf mehreren Grundstücken desselben oder verschiedener Eigentümer lastet, sofern diese Grundstücke nicht durch Vereinigung oder Zuschreibung gemäß § 890 zu einem Ganzen vereinigt sind. In Übereinstimmung mit der Mehrzahl der bisherigen Rechte (vgl. jedoch M. III S. 682ff.), insbesondere dem preuß. Rechte (s. Achilles 4. Aufl. S. 227ff.), gibt auch das BGB. dem Gesamthypothekengläubiger das Recht, sich nach seinem Belieben wegen seiner ganzen Forderung oder wegen eines Teiles derselben an jedes einzelne belastete Grundstück zu halten; jedes Grundstück haftet für die ganze Forderung und für jeden beliebigen Teil derselben. Der Gläubiger ist auch befugt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen und die Gesamthypothek in Einzelhypotheken zu zerlegen. Zu einer solchen Verteilung ist er aber nur berechtigt, nicht verpflichtet; nur im Falle einer gemeinsamen Zwangsversteigerung mehrerer Grundstücke, die mit einer dem betreibenden Gläubiger

vorgehenden Gesamthypothek belastet sind, ist auf Antrag die Gesamthypothek für die Berechnung des geringsten Gebots nach näherer Vorschrift des § 64 des ZVG. zu verteilen (vgl. § 1132 nebst Erl.).

Wenn demnach auch jedes Grundstück mit der vollen Summe der Gesamthypothek belastet ist und die dieser gleich- oder nachstehenden Berechtigten sowie die Eigentümer es sich gefallen lassen müssen, daß der Gläubiger gerade aus ihrem Grundstücke volle Befriedigung sucht, so steht doch andererseits dem Gläubiger nur ein einheitliches Recht, nicht eine Mehrheit von Einzelhypotheken zu. Infolgedessen erlischt die Hypothek an allen Grundstücken, wenn der Gläubiger aus einem Befriedigung erlangt (§ 1181 Abs. 2); die Belastung jedes einzelnen Grundstücks erfolgt also unter der auflösenden Bedingung, daß sie mit der Befriedigung des Gläubigers aus einem andern Grundstück erlischt (P. II Bd. 3 S. 623). Auch hiermit dürfen die gleich- oder nachstehenden Berechtigten rechnen; zu ihrem Nachteile darf daher auch der Eigentümer des versteigerten Grundstücks, welcher von dem Eigentümer eines mitverhafteten Grundstücks oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann, die ihm aus Billigkeitsgründen durch die Ausnahmevorschrift des § 1182 zuerkannte Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers nicht geltend machen (vgl. die Erl. zu den §§ 1181, 1182).

Aus der Einheitlichkeit des Forderungsrechts und der Rücksicht auf die gleich- und nachstehenden Berechtigten folgt ferner, daß die Summe der Gesamtbelastung den Wert des eingetragenen Hypothekenbetrags nicht übersteigen (P. II Bd. 3 S. 629), daß insbesondere die Belastung aller Grundstücke zusammen nicht durch eine spätere Veränderung über den Betrag der Gesamthypothek hinaus erhöht werden darf. Dieser Grundsatz muß nicht nur bei der Verteilung der Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke durch den Gläubiger beachtet werden, sondern tritt auch bei den Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek in die Erscheinung. Grundsätzlich fällt die Gesamthypothek, wenn die oben unter e erörterten Voraussetzungen der Eigentümerhypothek gegeben sind, als Gesamthypothek oder Gesamtgrundschuld den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich und nicht jedem einzelnen Eigentümer als Einzelhypothek an seinem Grundstücke zu (vgl. §§ 1172, 1175). Hiervon gelten verschiedene Ausnahmen. Wenn der Gläubiger durch den Eigentümer eines der belasteten Grundstücke befriedigt, wenn das Gläubigerrecht auf diesen übertragen wird oder wenn sich in dessen Person Forderung und Schuld vereinigen, so erwirbt nur dieser die Hypothek, und zwar nur an seinem Grundstück und in Höhe eines etwaigen Ersatzanspruchs an dem Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers; letzterenfalls bleibt sie in Höhe dieses Ersatzanspruchs Gesamthypothek, im übrigen erlischt die Gesamthypothek (§ 1173). Bei der Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers durch den persönlichen Schuldner und bei der Vereinigung von Forderung und Schuld in dessen Person geht die Gesamthypothek auf die Eigentümer der belasteten Grundstücke nur insoweit über, als sie nicht dem Schuldner für seine Regreßforderung gegen einen der Eigentümer zufällt; insoweit letzteres der Fall ist, erlischt die Gesamthypothek an den übrigen Grundstücken (§ 1174). Verzichtet der Gesamthypothekengläubiger nicht auf die ganze Gesamthypothek, sondern nur auf die Hypothek an einem der Grundstücke oder wird er auf Grund des § 1170 auf Antrag des Eigentümers eines der Grundstücke mit seinem Rechte ausgeschlossen, so erlischt die Hypothek an diesem einen Grundstück (§ 1175).

Aus dem Gesagten erhellt bereits, daß zwischen den Eigentümern der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke nicht ohne weiteres eine Ausgleichungspflicht besteht. Die Gesamthypothek allein begründet kein Gesellschaftsverhältnis unter ihnen. Das Regreßrecht bedarf daher der Begründung durch ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den Eigentümern (vgl. M. III S. 685 und Erl. 4a zu § 1173).

g) Weitere Formen der Grundkreditbelastung hat das BGB. nicht übernommen, insbesondere ist ihr **ein Besitzpfand und ein antichretisches Pfandrecht** an Grundstücken unbekannt. Vgl. M. III S. 628 ff. und über das Fortbestehen eines vor dem Inkrafttreten des BGB. begründeten antichretischen Pfandrechts Bd. VI S. 385 Erl. 1f zu Art. 192. Nach dem 1. Januar 1900 kann es, da in dem Gebiete des Sachenrechts der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht gilt (oben S. 7), nicht mehr begründet werden (RG. 48 S. 61, KG. 25 S. A 290). Ein dingliches Nutzungsrecht kann dem Hypothekengläubiger nur durch Bestellung eines Nießbrauchs verschafft werden, der jedoch wegen seiner Unvererblichkeit und Unveräußerlichkeit die Antichrese nur unvollkommen ersetzt (vgl. KG. a. a. O., Rspr. 6 S. 121, Oberneck 3. Auflage I S. 693 f.).

3. Rechtliche Natur der Hypotheken und Grundschulden. Trotz der Verschiedenheit im einzelnen sind die in Vorbm. 2 besprochenen verschiedenen dem Zwecke des Grundkredits dienenden

Belastungsformen ihrem Wesen nach gleiche Rechte. Sie haben sämtlich die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstücke zum Inhalte. Jede von ihnen kann in eine der anderen Formen umgewandelt werden: eine Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek, eine Briefhypothek in eine Buchhypothek, eine Hypothek in eine Grundschuld, eine Grundschuld in eine Rentenschuld oder umgekehrt, ohne daß es der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf (§§ 1116, 1186, 1198, 1203). Die Hypothek verwandelt sich sogar kraft Gesetzes in eine Grundschuld, wenn sie ohne die gesicherte Forderung auf den Eigentümer übergeht (vgl. oben S. 514 Vorbm. 2e). Aus den angeführten Vorschriften über die Eigentümerhypothek ist in der zweiten Kommission als die juristische Grundauffassung des Gesetzes gefolgert worden, „daß jede Hypothekbestellung zugleich die eventuelle Bestellung einer Eigentümergrundschuld in sich schließe" (P. II Bd. 4 S. 498). Diese Bestimmungen sind nur zu erklären, wenn man die Verkehrshypothek, die Sicherungshypothek, die Grundschuld und die Rentenschuld als ein einheitliches dingliches Recht ansieht. Die normalere und einfachere Form dieses Rechtes ist die Grundschuld (P. II a. a. O.); sie ist, wie ausgeführt, schlechthin, ohne Rücksicht auf ein zugrunde liegendes Forderungsrecht auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstücke gerichtet, sei es auf Zahlung eines Kapitals mit oder ohne Zinsen und andere Nebenleistungen (gewöhnliche Grundschuld, § 1191) oder auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme in regelmäßig wiederkehrenden Terminen (Rentenschuld, § 1199). Dagegen setzt die Hypothek in dem oben (S. 508 Vorbm. 2a) näher dargelegten Umfang eine persönliche Forderung voraus; ihre akzessorische Natur ist aber regelmäßig durch die Ausdehnung der für die Richtigkeit des Grundbuchinhalts streitenden Vermutung und des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die persönliche Forderung stark abgeschwächt (gewöhnliche oder Verkehrshypothek); letzteres gilt nicht für die Sicherungshypothek. Ob schließlich für die Verkehrshypothek, die Grundschuld oder die Rentenschuld ein Brief ausgestellt ist oder nicht, macht für das Wesen des Rechtes nichts aus. Eine Eigentümerhypothek 2c. ist dagegen nur ein unvollkommenes, durch die oben S. 514 Vorbm. 2e angeführte Bestimmung des § 1197 beschränktes Recht, solange die Vereinigung von Gläubigerrecht und Eigentum dauert; mit der Beseitigung der Vereinigung wird es zum vollkommenen Hypotheken- oder Grundschuldrechte.

Durch die Formulierung der Vorschriften über den Inhalt der Hypothek, der Grundschuld oder der Rentenschuld (§§ 1113, 1191, 1199) hat die zweite Kommission der Frage nach der rechtlichen Konstruktion dieser Rechte nicht vorgreifen wollen (P. II Bd. 3 S. 539). Durch die Fassung des BGB. ist in der Tat der Streit, welcher sich bisher an diese Frage namentlich in Beziehung auf die Grundschuld des preußischen Rechtes knüpfte (vgl. die Zusammenstellung bei Achilles 4. Aufl. S. 116ff.), unerledigt geblieben. Nur die Natur der Hypothek und der Grundschuld als dingliche Rechte ist durch ihre Aufnahme in das dritte Buch des BGB. und durch ihre ausdrückliche Bezeichnung als Belastungen des Grundstücks außer Zweifel gestellt (M. III S. 602f.; vgl. oben S. 8f.). Nicht dasselbe kann man von der Frage sagen, ob der Hypothek und der Grundschuld Pfandrechtsnatur zuzuerkennen ist. Allerdings kennt, wie oben S. 507 Vorbm. 1 erwähnt, das BGB. den Ausdruck Pfandrecht nur bei beweglichen Sachen und Rechten; das steht aber der rechtlichen Konstruktion eines Pfandrechts im weiteren Sinne und der Unterordnung der Hypothek und der Grundschuld unter diesen Begriff nicht entgegen. Wenn man z. B. mit Eccius (preuß. Privatr. III § 190 bei Anm. 25a) das Pfandrecht als ein Recht bezeichnet, kraft dessen der Berechtigte seine Befriedigung wegen einer Forderung oder unabhängig von einer solchen eine bestimmte Geldzahlung aus der Substanz einer Sache erlangen kann, oder mit Endemann II § 112 als das zur Sicherung eines Forderungsrechts oder bestimmten Geldanspruchs an einer fremden Sache oder einem fremden Rechte dinglich haftende Recht auf Befriedigung aus dem Werte des belasteten Gegenstandes, so fallen auch die Hypotheken und Grundschulden unter die Pfandrechte im weiteren Sinne. (Als Pfandrechte bezeichnen diese Rechte z. B. auch Cosack Bd. II § 221, Eichhorn in der DJZ. 1898 S. 315ff., Dernburg III § 206 a. E., Schwind a. a. O.; Kretzschmar I S. 217ff., Bruck, Eigentümerhyp. S. 149ff.; Eck, Vorträge II S. 249f.; Gierke, Deutsches Privatr. II § 156 a. E. S. 838; a. M. Fuchs S. 374, Predari S. 214ff., Goldschmidt im Arch. f. Bürg. R. 20 S. 23.) Die Frage hat indessen nur theoretische Bedeutung. Für das BGB. ist festzuhalten, daß dieses unter dem Ausdrucke „Pfandrecht" die Hypothek und die Grundschuld nicht mit versteht.

Ein weiterer Streit dreht sich um die Frage, ob die Hypothek und die Grundschuld Realobligationen sind, d. h. ob der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks zur Zahlung der bestimmten Geldsumme, unter Beschränkung seiner Haftung auf das Grundstück,

verpflichtet ist. In der zweiten Kommission wurde von einer Seite ausgeführt: „Es entspreche der natürlichen Auffassung, daß der Gläubiger kraft der Hypothek in der Person des Eigentümers einen Schuldner habe, der ihn seiner Zeit aus dem Grundstücke befriedigen müsse. Die juristische Rechtfertigung dieser Auffassung liege darin, daß die Hypothekbestellung eine Zahlungspflicht begründe, welche gesetzlich dergestalt mit dem Grundstücke verbunden sei, daß sie jedem Eigentümer des Grundstücks, aber auch nur diesem, und zwar nur mit den Mitteln des Grundstücks obliege, die Zahlung somit nur aus dem Grundstücke, nicht aus anderen Mitteln des Verpflichteten beigetrieben werden dürfe“ (P. II Bd. 3 S. 539). Die Kommission hat jedoch den Antrag auf die dieser Auffassung entsprechende Fassung des jetzigen § 1113 abgelehnt, dabei aber erklärt, daß der rechtlichen Konstruktion nicht vorgegriffen werden solle (ebenso P. II Bd. 3 S. 572, 582, 712). In dem Gesetz ist jeder Ausdruck vermieden, der für die Annahme einer Zahlungspflicht des Eigentümers sprechen könnte; in den §§ 1113, 1191, 1199 heißt es nur, daß an den Gläubiger eine bestimmte Geldsumme „aus dem Grundstücke zu zahlen ist“; nach § 1147 erfolgt die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung und § 1142 erklärt den Eigentümer für „berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.“ Diese Vorschriften sprechen nicht für die Annahme einer Zahlungspflicht des Eigentümers, sondern nur für eine Pflicht desselben, die Zwangsvollstreckung zu dulden (vgl. P. II Bd. 4 S. 603).

Für die Annahme einer Realobligation läßt sich zwar folgendes geltend machen. Wenn der Eigentümer den Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger befriedigt, so treten die Wirkungen ein, welche sich an die Zahlung einer Schuld knüpfen. Das Gesetz kennt ferner eine Kündigung des Eigentümers an den Gläubiger und umgekehrt (§§ 1141, 1156), eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Mahnung (§ 1160 Abs. 2) und einen Verzug des Eigentümers (§ 1146). Auch die Vorschriften der §§ 1137, 1138 über die dem Eigentümer gegen die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs zustehenden Einreden sind mit der Annahme einer Zahlungspflicht des Eigentümers leichter zu vereinigen; dasselbe gilt von den Bestimmungen der CPO. §§ 592, 688, § 794 Ziff. 5, nach denen der Anspruch aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld für den Urkundenprozeß, das Mahnverfahren und die vollstreckbaren gerichtlichen und notariellen Urkunden als ein Anspruch gilt, der die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat (vgl. ferner P. II Bd. 3 S. 574, 584 sowie Puntschart a. a. O. S. 30ff., v. Schwind a. a. O. S. 129ff.).

Überwiegende Gründe dürfen trotzdem gegen die Annahme einer besonderen Realobligation sprechen. Möglich ist zwar eine Verpflichtung, für deren Erfüllung der Schuldner nur mit einem bestimmten Gegenstande haftet (s. Bd. II S. 7). Die weitere für die Konstruktion der Realobligation notwendige Annahme, daß die Person des Schuldners durch das Eigentum an dem Grundstücke bestimmt, die Verpflichtung also mit dem Erwerbe des Eigentums begründet wird, mit dem Verluste des Eigentums erlischt, ist aber mit den allgemeinen für Schuldverhältnisse geltenden Grundsätzen schwer vereinbar. Die Annahme einer solchen Anomalie würde sich nur rechtfertigen lassen, wenn das betreffende Verhältnis sich auf einem anderen Wege nicht erklären ließe. Dies ist aber nicht der Fall. Aus dem Begriffe des dinglichen Rechtes an einem Grundstücke, kraft dessen der Berechtigte die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstücke verlangen, d. h. die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks zu dem Zwecke verlangen kann, um aus dem Erlöse die Zahlung der Geldsumme zu erlangen, läßt sich das durch die Hypothek und Grundschuld begründete Verhältnis befriedigend erklären. Die oben angeführten für die Annahme einer Realobligation sprechenden Vorschriften haben allerdings diesem Begriffe der Hypothek und Grundschuld gegenüber einen mehr oder weniger positiven Charakter, sind damit aber doch vereinbar und erklären sich aus dem wirtschaftlichen Bedürfnis und der Ähnlichkeit, welche das hier fragliche Recht infolge seines Inhalts mit einem Forderungsrechte hat; sie nötigen nicht dazu, ein wirkliches Forderungsrecht hier anzunehmen. Die Konstruktion einer Realobligation versagt überdem vollständig, wenn das Grundstück dadurch, daß der Eigentümer das Eigentum aufgegeben hat, herrenlos geworden ist. Man wird hiernach bei dem Begriffe stehen bleiben müssen, der sich nach dem obigen aus dem Wortlaute der das Wesen der Hypothek und Grundschuld bestimmenden Vorschriften der §§ 1113, 1191 ergibt. (A. M. z. B. Bähr in der Kr. VJSchr. 30 S. 518ff. und im Arch. f. Bürg. R. 2 S. 150ff., v. Meibom im Arch. f. civ. Pr. 74 S. 338f., Cosack II § 221, Fuchs S. 373ff., S. 445f., 673f., Willenbücher S. 148, Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis 1903 S. 200ff., Seuff. Arch. 59

Nr. 113 II u. a.; vgl. die Zusammenstellung bei Puntschart a. a. O. S. 51 ff., 85 ff. sowie schließlich noch Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 852 ff. § 158 Ziff. II 2, der keine Obligation, sondern eine dingliche Schuld annimmt).

In der neuesten Zeit hat man für die Konstruktion der Hypothek und der Grundschuld den auf Grund germanistischer Forschungen festgestellten Unterschied zwischen Schuld und Haftung verwertet; danach bedeutet Schuld Leistensollen und kann nur einer Person obliegen; Haftung oder Obligation heißt dagegen Einstehen für den Fall der Nichterfüllung einer Schuld und kann nicht nur eine Person, sondern auch lediglich eine Sache oder sowohl die Person als die Sache ergreifen. Eine Schuld in diesem Sinne nimmt jetzt auch Dernburg III §§ 209, 222 bei der Hypothek und Grundschuld stets als vorhanden an; bei der Grundschuld liegt daneben eine bloße Sachenhaftung, bei der Hypothek regelmäßig eine persönliche und Sachenhaftung vor (s. auch Bruck, Eigentümerhyp. S. 144 ff.). Vgl. im übrigen über diese Konstruktion v. Schwind und Puntschart a. a. O. Letzterer stellt auch S. 35 ff. die sonstigen Ansichten über den Grundschuldbegriff zusammen.

Die praktische Bedeutung des Streites liegt in der Frage, wie der Klagantrag des Hypotheken- und Grundschuldgläubigers und der Tenor des den Eigentümer verurteilenden Erkenntnisses zu lauten hat. Mit dem Wortlaute des Gesetzes ist nur eine Verurteilung des Eigentümers zur Duldung der Befriedigung aus dem Grundstücke, nicht zur Zahlung bei Meidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück vereinbar (vgl. Erl. 2 a zu § 1147). Auch für die persönliche Haftung des Eigentümers für die Folgen des Verzugs und für die Prozeßkosten ist der Streit bedeutsam (vgl. Erl. 3 zu § 1146, Erl. 2 d zu § 1147).

4. Auf die Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden finden die Vorschriften des zweiten Abschnitts dieses Buches, §§ 873 ff. (oben S. 71 ff.), insbesondere über die Voraussetzungen der **Entstehung, Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhaltsänderung und Rangänderung** der Rechte Anwendung, soweit nicht Sondervorschriften entgegenstehen. Die letzteren sind aber gerade bei den Hypotheken und Grundschulden besonders zahlreich.

a) Zur Begründung der Hypothek der Grundschuld und der Rentenschuld bedarf es nach § 873 der Einigung und Eintragung. Von dem Eintragungsprinzipe macht das Reichsrecht nur eine Ausnahme; der Pfandgläubiger einer Forderung, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichtet ist, erwirbt mit der Übertragung des Eigentums auf den Pfandschuldner eine Sicherungshypothek an dem übereigneten Grundstücke für seine durch das Pfandrecht gesicherte Forderung (§ 1287; ebenso für das Pfändungspfandrecht CPO. § 848 Abs. 2). Der Eintragung, aber nicht der Einigung bedarf es zur Begründung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, einer Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs und einer Eigentümergrundschnld (§§ 1188, 1192, 1195, 1196), zur Entstehung der Zwangs- und Arresthypotheken (CPO. § 867 Abs. 1, § 932 Abs. 2; vgl. Achilles-Strecker, GBO. S. 94 ff.), der auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Sicherungshypotheken für die auf die Realberechtigten übertragenen Forderungen gegen den Ersteher des versteigerten Grundstücks (ZVG. § 128 Abs. 3), der auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts einzutragenden Sicherungshypothek an Grundstücken des Vormundes, des Pflegers oder des Beistandes gemäß § 54 des FGG. (Bd. IV Erl. zu § 1844, vgl. Achilles-Strecker, GBO. S. 264 f.) und der Sicherungshypotheken, welche auf Grund der in Art. 91 des EG. aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften eingetragen werden (Bd. VI S. 206 f.). Keine Ausnahme gilt dagegen für die Sicherungshypothek für die Forderung des Bauunternehmers; dieser erlangt die Hypothek, auf deren Einräumung ihm ein gesetzlicher Anspruch zusteht (BGB. § 648), erst durch Einigung und Eintragung; die zu der Einigung erforderliche Erklärung des Eigentümers wird hier, wie stets, durch dessen rechtskräftige Verurteilung zu ihrer Abgabe ersetzt (vgl. S. 88 Erl. III 3 zu § 873).

Anderseits genügen Eintragung und Einigung nicht zur Entstehung der Hypothek; es muß die gesicherte Forderung hinzukommen; entsteht diese nicht, so steht das eingetragene Recht als Grundschuld dem Eigentümer zu (§ 1163). Dasselbe gilt von der Briefhypothek bis zu der Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger oder der Vereinbarung, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117, § 1163 Abs. 2). Die Briefgrundschuld entsteht zwar durch die Einigung und die Eintragung; damit sie aber von dem Eigentümer auf den Gläubiger übergeht, bedarf es auch bei ihr der Übergabe des Briefes oder der erwähnten Vereinbarung.

Weitere Besonderheiten gelten für die Entstehung der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden nicht. Hinsichtlich des Inhalts der Eintragung wird aber die Bestimmung des § 874 durch § 1115 abgeändert.

b) **Der Erwerb bestehender Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden** unterliegt vielen Sondervorschriften. Die allgemeine Regel des § 873 findet nur auf die Übertragung von Buchhypothekenforderungen, von Buchgrundschulden und Buchrentenschulden Anwendung (§ 1154 Abs. 3) und auch bei ihnen gelten Ausnahmebestimmungen für die Sicherungshypotheken für Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren (§ 1187 Satz 3). Die Abtretung der Briefhypotheken, Briefgrundschulden und Briefrentenschulden ist durch § 1154 Abs. 1 und 2 geregelt (oben S. 511 Vorbm. 2c) und die Grundschulden für den Inhaber des Briefes werden nach den Regeln der Inhaberpapiere übertragen (§§ 1195, 793). Schließlich finden die allgemeinen Vorschriften über die Forderungsübertragung Anwendung auf die Abtretung der Forderungen auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen sowie von den einzelnen Rentenschuldleistungen und auf Erstattung der Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (§§ 1159, 1200).

Zu diesen Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Übertragung kommen dann die Sonderbestimmungen über den Übergang kraft des Gesetzes hinzu; vgl. oben S. 513 Vorbm. 2e und S. 515 Vorbm. 2f über die Fälle des Überganges auf den Eigentümer, ferner §§ 1164, 1174 über den Übergang auf den persönlichen Schuldner und § 1150 nebst Erl. über den Übergang auf einen den Gläubiger befriedigenden Dritten.

Die Übertragung im Wege der Zwangsvollstreckung (durch Pfändung und Überweisung an Zahlungsstatt) ist durch §§ 830, 837, § 857 Abs. 6 CPO. geregelt (s. Erl. 6 zu § 1154).

c) Die Sondervorschriften über die Übertragung der Hypotheken, der Grundschulden und der Rentenschulden kommen auch auf deren **Belastung** mit Nießbrauch und Pfandrecht zur Anwendung (§§ 1069, 1274, 1291). Über die Pfändung vgl. CPO. § 830, § 857 Abs. 6.

d) Auch über die **Inhaltsänderung** enthält der achte Abschnitt Sondervorschriften. Vor allem sind die kraft des Gesetzes eintretende Umänderung der Hypothek, welche ohne die gesicherte Forderung auf den Eigentümer übergeht, in eine Grundschuld (§ 1177) sowie die Verbindung der Hypothek mit der Ersatzforderung des persönlichen Schuldners (§§ 1164, 1174) oder des Eigentümers (§ 1173 Abs. 2, § 1182) Ausnahmen von der Regel des § 877. Außerdem sind besonders geregelt die Umwandelung einer Briefhypothek in eine Buchhypothek und umgekehrt im § 1116, die Erhöhung des Zinsfußes und die Änderung von Zahlungszeit und Zahlungsort im § 1119, die Umwandelung der Gesamthypothek in Einzelhypotheken im § 1132 Abs. 2, die Veränderung der durch die Hypothek gesicherten Forderung im § 1180, die Umwandelung der Verkehrshypothek in eine Sicherungshypothek oder umgekehrt im § 1186, die einer Hypothek in eine Grundschuld, einer Grundschuld in eine Hypothek im § 1198 und die einer Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld oder umgekehrt im § 1203.

Von der Vorschrift des § 880 Abs. 2 Satz 2 über die **Rangänderung** zum Nachteil einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld macht § 1151 für einen Sonderfall eine Ausnahme.

e) **Die Aufhebung der Hypotheken, der Grundschulden und der Rentenschulden** erfordert, abweichend von der Regel des § 875, die Zustimmung des Eigentümers (§ 1183). Außerdem ist das Eintragungsprinzip insofern durchbrochen, als in einigen Fällen die Rechte ohne Löschung untergehen, nämlich bei der Befriedigung aus dem Grundstück oder aus den mithaftenden Gegenständen (§ 1181, Ausn. § 1182), ferner die Gesamthypotheken 2c., wenn sie nur an einem oder an mehreren der belasteten Grundstücke auf den persönlichen Schuldner oder den Eigentümer übergehen (vgl. oben S. 515 Vorbm. 2f; §§ 1173—1175) und die Hypothek 2c. für die Rückstände von Zinsen, anderen Nebenleistungen und von einzelnen Rentenschuldleistungen sowie für Kosten im Falle der Konfusion und einseitigen Verzichtserklärung (§ 1178).

5. **Verhältnis der Vorschriften des BGB. zu anderen Gesetzen.** Die Vorschriften des BGB. über die Begründung, Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhaltsänderung und Rangänderung der Rechte an Grundstücken oder der Rechte an diesen Rechten treten erst mit der Anlegung des Grundbuchs für den betreffenden Bezirk in Kraft. Bis zu dem Zeitpunkt, in welchem nach Maßgabe der landesherrlichen Verordnung das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, gilt noch das alte Recht; nur darf ein nach den Vorschriften des BGB. unzulässiges Recht seit dem 1. Januar 1900 nicht mehr begründet werden (EG. Art. 186, 189; vgl. Bd. VI S. 364 Vorbm. zu Art. 186—195, S. 371 ff. Erl. zu Art. 189). Dies findet auch auf die Hypotheken,

Erster Titel.

Hypothek.

Grundschulden und Rentenschulden Anwendung. Während aber die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Rechte grundsätzlich mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen bleiben (EG. Art. 184), gelten für die zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsgrundbuchrechts an einem Grundstücke bestehenden Pfandrechte und Grundschulden von dieser Zeit an die Vorschriften des BGB. nach näherer Bestimmung des EG. Art. 192—195 und der durch diese zugelassenen landesrechtlichen Vorschriften (vgl. Bd. VI S. 382ff.).

Auch für die Zeit nach Anlegung des Grundbuchs behalten die landesgesetzlichen Vorschriften in dem Gebiete des Hypotheken- und Grundschuldrechts noch Bedeutung. Abgesehen von den allgemeinen Vorbehalten, welche sich auf das Hypotheken- und Grundschuldrecht erstrecken, z. B. zugunsten des Privatfürstenrechts (EG. Art. 57, vgl. Art. 58), des Familienfideikommiß-, Lehen- und Stammgüterrechts (Art. 59, über die Revenuenhypotheken vgl. Art. 60 und Erl. 3c zu § 1147), der Vorschriften über die Rentengüter (Art. 62), des Anerbenrechts (Art. 64), des Wasserrechts (Art. 65), des Deich- und Sielrechts (Art. 66), des Bergrechts (Art. 67) u. a., sind aufrechterhalten die landesgesetzlichen Vorschriften über gesetzliche Hypothekentitel des Fiskus, einer Körperschaft, Stiftung und Anstalt des öffentlichen Rechtes oder einer unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehenden Stiftung gemäß Art. 91 (s. Bayer. ObLG. 5 S. 247), über die Belastung von Bahneinheiten laut Art. 112, über die Gemeinheitsteilung und die Zusammenlegung von Grundstücken u. ä. gemäß Art. 113, ferner die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks über eine bestimmte Wertgrenze hinaus oder mit einer unkündbaren Hypothek oder Grundschuld untersagen oder die Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers bei Hypothekenforderungen und Grundschulden zeitlich beschränken und bei Rentenschulden nur für eine kürzere als die im § 1202 Abs. 2 des BGB. bestimmte Zeit zulassen (Art. 117); oder welche einer Geldrente, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt wegen eines zur Verbesserung des belasteten Grundstücks gewährten Darlehens zustehen, den Vorrang vor anderen Belastungen des Grundstücks einräumen (Art. 118), die landesgesetzlichen Vorschriften über die Unschädlichkeitszeugnisse (Art. 120) 2c. Von Bedeutung ist auch die Bestimmung des Art. 167: „In Kraft bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten betreffen" (vgl. Bd. VI S. 307f. Erl. zu Art. 167 und Achilles-Strecker, GBO. S. 408ff.).

Neben den danach aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften und dem BGB. selbst enthalten auch einige andere Reichsgesetze Bestimmungen über das Hypotheken- und Grundschuldrecht, nämlich das Hypothekenbankgesetz v. 13. Juli 1899 (RGBl. S. 375), das Reichsgesetz, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. Dezember 1899 (RGBl. S. 691) und insbesondere die CPO.; diese behandelt z. B. in den §§ 866—868, § 870 Abs. 1 die Zwangshypotheken, im § 932 die Arresthypotheken in §§ 830, 837, § 857 Abs. 6 die Pfändung und Überweisung der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, im § 800 die Zulässigkeit, sich in Ansehung dieser Rechte der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, und im § 897 den Ersatz der Übergabe des Briefes durch dessen Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers.

6. **Der achte Abschnitt zerfällt** in zwei Titel, deren erster (§§ 1113—1190) die Hypothek behandelt, während der zweite in zwei Unterabschnitten zunächst die Vorschriften über die Grundschuld (§§ 1191—1198) und alsdann die Bestimmungen über die Rentenschuld (§§ 1199 bis 1203) bringt.

Erster Titel.

1. **Inhaltsübersicht.** Der erste Titel enthält zunächst die Bestimmungen über die gewöhnliche oder Verkehrshypothek (§§ 1113—1183) und schließt mit den Sondervorschriften über die Sicherungshypothek (§§ 1184—1190). Der § 1113 bestimmt das Wesen und den Inhalt der Hypothek, § 1114 regelt die Zulässigkeit der Belastung des Bruchteils eines Grundstücks, § 1115 den Inhalt des Eintragungsvermerkes. §§ 1116, 1117 betreffen den Hypothekenbrief. § 1118 regelt die Haftung für Zinsen und Kosten, § 1119 die Änderung der Verzinsung, des Zahlungsorts und der Zahlungszeit. Die §§ 1120—1131 betreffen den Gegenstand der Haftung, § 1132

§. 1113. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Hypothek).

Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden.

---

die Gesamthypothek. Die §§ 1133—1135 bringen Vorschriften für den Fall der Gefährdung der Sicherheit. § 1136 erklärt ein vertragsmäßiges Veräußerungs- und Belastungsverbot für nichtig. § 1137 betrifft die Einreden gegen die Hypothek, §§ 1138—1140 regeln die Ausdehnung und Beschränkung des Grundsatzes des öffentlichen Glaubens, § 1141 die Kündigung, §§ 1142—1145 die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer, § 1146 den Verzug des Eigentümers, §§ 1147—1150 die Befriedigung aus dem Grundstück und das Ablösungsrecht, §§ 1151, 1152 die Teilung der Forderung, §§ 1153—1159 die Übertragung, §§ 1160, 1161 die Vorlage des Briefes 2c. bei Geltendmachung der Briefhypothek, § 1162 das Aufgebot des Briefes. Die §§ 1163—1179 regeln den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer und den persönlichen Schuldner und zwar zunächst bei der Einzelhypothek (§§ 1163—1171), alsdann bei der Gesamthypothek (§§ 1172—1175), woran sich einige gemeinsame Vorschriften (§§ 1176—1179) schließen. Der § 1180 handelt von der Änderung der gesicherten Forderung, §§ 1181—1183 von der Endigung der Hypothek.

Von den Bestimmungen über die Sicherungshypothek haben die ersten (§§ 1184—1186) einen allgemeinen Inhalt, während die §§ 1187—1189 die Sicherungshypotheken für Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren und § 1190 die Maximalhypothek regeln.

2. Vgl. im übrigen die Vorbemerkungen zum achten Abschnitte S. 507 ff.

§ 1113.

E. I § 1062; II § 1022 rev. § 1097; III § 1096. P. I S. 4891 ff., 4945 ff., 4955 ff., 5375 ff.; M. III S. 598 ff., 633 ff. P. II Bd. 3 S. 508 ff., 538 ff., 543, 576 f.; Bd. 4 S. 497 ff.; Bd. 5 S. 205 f. D. S. 669. RB. S. 2003 f.

1. „Der Abs. 1 des“ § 1113 „bestimmt zweierlei: **die Zulässigkeit** und **den Begriff der Hypothek.** Die Zulässigkeit muß hier wie bei den übrigen dinglichen Rechten besonders ausgesprochen werden, weil“ das BGB. „davon ausgeht, daß eine Sache nur insoweit belastet werden kann, als das Gesetz die Belastung gestattet“ (M. III S. 633; vgl. oben S. 7).

2. Über den **Begriff der Hypothek** vgl. oben S. 507 f. Vorbm. 2 und 2a und S. 515 ff. Vorbm. 3 zu diesem Abschnitt. Aus der Fassung des § 1113 folgt für die Begriffsbestimmung:

a) daß die Hypothek, welche ausdrücklich als Belastung des Grundstücks bezeichnet wird, ein **dingliches Recht** ist (M. III S. 602 f.; vgl. oben S. 8 f. und S. 516 Vorbm. 3);

b) daß sie die **Zahlung einer bestimmten Geldsumme** zum Inhalte hat. Hierdurch unterscheiden sich die Hypotheken von dem Erbbaurecht und den Dienstbarkeiten, welche Nutzungs- oder Verbotsbefugnisse gewähren, und von dem Vorkaufsrechte, welches auf Eigentumsübertragung gerichtet ist. Im Gegensatze zu den Reallasten, welche ebenfalls Geldzahlungen zum Gegenstande haben können, gehen die Hypotheken nicht auf wiederkehrende Leistungen, sondern auf Zahlung eines Kapitals. Forderungen auf wiederkehrende Leistungen können zwar durch eine Maximalhypothek gesichert werden, im übrigen sind sie aber bei den Hypotheken nur als Nebenleistungen zulässig; demnach kann insbesondere für laufende Zinsen als solche allein eine andere als eine Maximalhypothek nicht bestellt werden (KGJ. 4 S. 38, KG. 26 S. A 290). Den Hauptleistungsinhalt können wiederkehrende Leistungen nur bei der Rentenschuld bilden. Über den Unterschied dieser und der Reallasten vgl. unten Vorbm. 3 vor § 1199. Über das Erfordernis der Bestimmtheit der Geldsumme s. Erl. 5;

c) daß der Hypothekengläubiger sich kraft seiner Hypothek **nur an das Grundstück halten,** nur aus diesem Befriedigung suchen kann. Ein in zweiter Lesung gestellter Antrag, den Eigentümer für die Zinsen auch persönlich haftbar zu erklären, wurde abgelehnt (P. II Bd. 3 S. 576). Der Gläubiger kann zu seiner Befriedigung nur die Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in diejenigen Gegenstände, auf welche sich die Hypothek laut der §§ 1120—1131 erstreckt, betreiben (§ 1147). Dies bringt das BGB. in Übereinstimmung mit dem früheren preußischen Rechte (Ges. über den Eig.Erw. § 42, RG. 3 S. 259 und in Gruch. 24 S. 1129, 27 S. 1039,

34 S. 139, RG. 8 S. 113, 9 S. 87; Achilles 4. Aufl. S. 230 Erl. 2d) durch die Worte „aus dem Grundstücke zu zahlen" zum Ausdrucke. Daneben haftet dem Hypothekengläubiger auf Grund seiner persönlichen Forderung deren Schuldner, und zwar regelmäßig mit seinem ganzen Vermögen.

Über die Frage, inwieweit die angeführten Worte gegen die Konstruktion der Hypothek als einer Realobligation sprechen, weil sie niemanden als zahlungspflichtig bezeichnen, vgl. oben S. 517 Vorbm. 3;

d) daß die Hypothek ein akzessorisches Recht in dem oben S. 508 Vorbm. 2a erörterten Umfang ist. Dies ergibt sich aus den in der Begriffsbestimmung der Grundschuld (§ 1191) fehlenden Worten „wegen einer ihm zustehenden Forderung". Allerdings wird gerade die jetzige Fassung des § 1113 in Verbindung mit ihrer Entstehungsgeschichte gegen die akzessorische Natur verwertet. Im E. I lautete nämlich die entsprechende Bestimmung (§ 1062): „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen." In der zweiten Lesung wurde ein Abänderungsantrag angenommen, nach welchem die Bestimmung lauten sollte: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß der Berechtigte die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstücke zur Befriedigung einer ihm zustehenden Forderung verlangen kann;" der Unterschied zwischen dieser Fassung und der des E. I wurde nach P. II Bd. 3 S. 539 darin gesehen, daß nach dem E. I der Bestand der Hypothek von der Existenz der Forderung abhängig, nach dem Abänderungsantrage dagegen die Existenz der Forderung nur für die Legitimation des Gläubigers von Bedeutung sei. Wie oben S. 508 Vorbm. 2a ausgeführt, dient aber trotz dieser Auffassung der Kommission die Forderung nicht nur zur Legitimation des Gläubigers, sondern sie ist Voraussetzung für den Bestand der Hypothek als solcher; ohne Forderung besteht die Belastung zwar zu Recht, aber nicht als Hypothek, sondern als Grundschuld.

3. **Gegenstand der Hypotheken.** Nur **Grundstücke** können mit Hypotheken belastet werden. Vgl. über diesen Begriff oben S. 71f. Vorbm. I zum 2. Abschnitt und S. 129 Erl. 1 zu § 890. Gebäude und andere mit dem Grund und Boden festverbundene Sachen sind regelmäßig wesentliche Bestandteile des Grundstücks und können nur mit diesem, nicht selbständig Gegenstand von Hypotheken und Grundschulden sein (§§ 93, 99; s. jedoch EG. Art 182 über die Fortdauer eines am 1. Januar 1900 bestehenden Stockwerkseigentums); in den Ausnahmefällen des § 95 sind sie zwar selbständige, aber nur bewegliche Sachen (oben S. 4, RG. 55 S. 284, DJZ. 1903 S. 501, JW .1904 S. 543, Seuff. A. 60 Nr. 1, **Eccius** in Gruch. 49 S. 141). Auch die übrigen Gegenstände, auf welche sich die Hypothek nach §§ 1120ff. erstreckt, können nicht getrennt mit Hypotheken belastet werden (vgl. oben S. 507 Vorbm. 1 und über die Unzulässigkeit der Revenüenhypotheken Erl. 3c zu § 1147).

Dagegen stehen, wie allgemein, so auch hinsichtlich der Hypotheken und Grundschulden den Grundstücken die **Berechtigungen** gleich, **für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten.** Hierher gehören kraft Reichsrechts das Erbbaurecht (§ 1017 Abs. 1, oben S. 354) und, vorausgesetzt, daß die für den Inhalt dieser Rechte maßgebenden Landesrechte ihre Verpfändung zulassen, die Erbpacht-, Büdner- und Häuslerrechte und die sog. Abbaurechte, d. h. die vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals (EG. Art. 63, 68; Bd. VI S. 166, 175). Andere Rechte können nur dann mit Hypotheken ꝛc. belastet werden, wenn sie in dem Bereich der den Landesrechten vorbehaltenen Sonderrechte fallen und die Landesgesetze sie allgemein oder wenigstens hinsichtlich der Kreditbelastung den Grundstücken gleichstellen (vgl. insbesondere für die Übergangszeit EG. Art. 196, Bd. VI S. 395ff.). Beispielsweise gehören in Preußen hierher das Bergwerkseigentum, die unbeweglichen Bergwerksanteile, die selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten und unter der Voraussetzung, daß sie ein Grundbuchblatt erhalten haben, die sonstigen selbständigen Gerechtigkeiten (Preußen Art. 37 Ziff. I, XIII, Art. 38 § 5, Art. 40; s. **Achilles-Strecker** S. 413ff. Vgl. ferner z. B. Württemberg Art. 207, 208, Hessen Art. 166 und Weimar §§ 125—128, 155 sowie für Sachsen **Kretzschmar** I S. 221).

Über die Belastung von ideellen und reellen Grundstücksteilen vgl. § 1114 nebst Erl. und über die Zulässigkeit landesgesetzlicher Verbote der Grundstücksbelastung über eine bestimmte Wertgrenze hinaus EG. Art. 117 Abs. 1 (Bd. VI S. 237).

4. Für die Person des **Gläubigers** sind weitere Voraussetzungen nicht aufgestellt, als daß er Gläubiger der Forderung sein muß, für welche die Hypothek bestellt wird. Jeder, der Gläubiger einer Forderung sein kann, kann demnach an sich auch Hypothekengläubiger sein. Indessen aus

der Vorschrift des § 873, nach welcher auch für die Entstehung der Hypotheken und Grundschulden, soweit nichts anderes bestimmt ist, Einigung und Eintragung erforderlich sind, ergibt sich, daß die Bestellung einer Hypothek zugunsten des Eigentümers des belasteten Grundstücks unzulässig ist, da dieser mit sich selbst den dinglichen Vertrag nicht abschließen kann und eine Ausnahmebestimmung nur für die Grundschuld (§ 1196), nicht für die Hypothek getroffen ist (vgl. KG. 25 S. A 299), und daß die Person des Gläubigers bestimmt sein muß, da nur von bestimmten Personen der dingliche Vertrag geschlossen werden kann (M. III S. 635). In dem Gesetz ist dies nicht wie in dem E. I (vgl. Erl. 2 d) besonders zum Ausdrucke gebracht. Es gilt auch nicht ausnahmslos; das BGB. läßt eine Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber zu und sieht dabei von dem Erfordernisse der Einigung ab (§ 1188). Über die Bezeichnung des Gläubigers im Grundbuche vgl. Erl. 2 zu § 1115.

Als subjektiv dingliches, d. h. dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zustehendes Recht ist die Hypothek und die Grundschuld, anders als das Vorkaufsrecht und die Reallasten (§§ 1094, 1105), nicht zugelassen (RJA. 4 S. 257).

Von selbst versteht es sich, daß eine Hypothekenforderung einer Mehrheit von Gläubigern zustehen kann, wenn diese entweder Gesamtgläubiger sind oder sonst hinsichtlich der Forderung in einem Gemeinschaftsverhältnisse stehen, sei es nach Bruchteilen oder in einer der Gemeinschaften zur gesamten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft). Ob in Ermangelung eines solchen Verhältnisses mehrere Personen als Gläubiger einer einheitlichen Hypothek eingetragen werden können, ist zweifelhaft. Das Kammergericht hat die Eintragung einer gemeinschaftlichen Hypothek für mehrere Wechselindossanten oder für mehrere Bürgen zur Sicherung ihrer Regreßansprüche sowie die Bestellung einer Hypothek alternativ für den einen oder den anderen Gläubiger für unzulässig erklärt (Rspr. 7 S. 196, KG. 28 S. A 143; s. auch KG. 20 S. A 101, RJA. 4 S. 245), dagegen es für zulässig bezeichnet, eine Maximalhypothek für mehrere Gläubiger in der Weise zu bestellen, daß die Hypothek nur insoweit für die Forderungen des zweiten Gläubigers haften soll, als die endgültig festgestellten Forderungen des ersten Gläubigers hinter dem Höchstbetrage zurückbleiben (KG. 22 S. A 165, 28 S. A 143). Wenn der letzteren Eintragung auch wohl materiellrechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen, so dürfte sie doch ebenso wie jene mit Rücksicht auf die Ordnungsvorschrift des § 48 der GBO. für unzulässig zu erachten sein. Der wirtschaftliche Zweck, der mit einer solchen Eintragung verfolgt wird, läßt sich auch auf andere Weise, insbesondere durch Eintragung bedingter Hypotheken oder einer Vormerkung aus § 1179 erreichen (vgl. einerseits Eccius in DJZ. 1902 S. 62, Kretzschmar I S. 121, Biermann S. 419 Erl. 5 a, andererseits Turnau-Förster I S. 831 Erl. 2 zu § 1190, Oberneck I S. 687, Fuchs S. 619 Erl. 6).

5. Hinsichtlich der **Forderung** verlangt das BGB. nur, daß es eine Geldforderung ist. Allerdings ist dies im § 1113 nicht zum Ausdrucke gekommen. Im Gegensatze z. E. I (vgl. Erl. 2 d), welcher eine „bestimmte Geldforderung" verlangte, ist im § 1113 eine bestimmte Geldsumme nur als Inhalt der Belastung, nicht als Gegenstand der Forderung verlangt; daraus folgert Fuchs S. 380 Erl. 9 und Cosack II § 222 Ziff. I 1 c, daß die Forderung einen anderen Leistungsinhalt haben kann. Dem widerspricht jedoch die Vorschrift des § 1115, welcher die Eintragung des „Geldbetrags der Forderung" als wesentlich bezeichnet; die Ansicht von Fuchs S. 396 Erl. 4, diese Bestimmung beziehe sich nur auf diejenigen Forderungen, welche überhaupt auf Geld lauten, ist mit der Fassung des § 1115 nicht vereinbar; ebenso wie die Eintragung des Zinssatzes nicht schlechthin vorgeschrieben, sondern die Möglichkeit der Unverzinslichkeit durch den Zusatz „wenn die Forderung verzinslich ist" berücksichtigt ist, würde auch die Möglichkeit, daß die Forderung nicht auf Geld lautet, im § 1115 Beachtung gefunden haben, wenn das BGB. nicht stets eine Geldforderung voraussetzte. Auch sonst spricht das BGB. regelmäßig nur von dem Betrage der Forderung und nicht von dem der Belastung, auch an Stellen, wo bei der Richtigkeit der Ansicht von Fuchs der letztere Ausdruck der richtigere sein würde; z. B. vgl. § 1119, § 1132 Abs. 2 (Verteilung des Betrages der Forderung) §§ 1151, 1152. Richtiger ist daher anzunehmen, daß die gesicherte Forderung eine Geldforderung sein muß; daher kann z. B. auch für eine Alternativobligation, bei der nur die eine Leistung eine Geldzahlung bildet, eine Hypothek nicht bestellt werden, einerlei ob der Gläubiger oder der Schuldner die Wahl hat (KG. 25 S. A 150, Josef in Gruch. 47 S. 482f.). Da aber die Forderung nach § 1113 Abs. 2 auch eine bedingte oder künftige sein kann, kann eine nicht auf Geld gerichtete Forderung indirekt durch eine Hypothek gesichert werden, indem z. B. für die im Falle ihrer Nichterfüllung zu zahlende Vertragsgeldstrafe oder Schadensersatzforderung eine Hypothek bestellt wird, und für eine

nicht lediglich auf Geld gerichtete Alternativobligation ist eine Hypothekbestellung für den Fall zuzulassen, daß die Forderung durch die Wahl des Gläubigers oder des Schuldners zu einer einfachen Geldforderung geworden ist.

Nicht erforderlich ist, daß der Betrag der Forderung von vornherein feststeht. Das Gesetz verlangt nur die Bestimmtheit der Geldsumme, für welche das Grundstück haften soll. Die Vorschrift des § 1113 Abs. 2 bedeutet nicht nur, daß die Forderung ihrem Grunde nach, sondern auch daß sie ihrem Betrage nach noch zweifelhaft sein darf. Letzterenfalls muß zum mindesten der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, eingetragen werden (§ 1190). Die Beteiligten können aber auch in einem solchen Falle statt einer Kautionshypothek eine sonstige Sicherungshypothek oder eine gewöhnliche Hypothek eintragen lassen (s. RG. in JW. 1905 S. 291; Oberneck, die Formulierung der Kredithypothek in Z. d. DNotVer. 1904 S. 75ff.).

Eine Hypothek für eine bedingte Forderung ist nicht mit einer bedingten Hypothek zu verwechseln. Jene belastet das Grundstück sofort unbedingt; von dem Eintritte der Bedingung, dem Entstehen der Forderung hängt nicht der Bestand des dinglichen Rechtes, sondern nur dessen Natur als Hypothek oder als Grundschuld und das Gläubigerrecht des eingetragenen Berechtigten ab; entsteht die Forderung nicht, so ist das dingliche Recht eine Eigentümergrundschuld. Ist dagegen die Hypothek selbst bedingt, so entsteht das dingliche Recht erst mit dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung und endigt ohne Löschung mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung (§ 158, Bd. I S. 274ff.; JW. 1902 Beil. S. 222; abw. du Chesne in Z. d. DNotVer. 1905 S. 397); dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Entstehung oder Endigung der Forderung als Bedingung für die Hypothek bestimmt ist. Das gleiche gilt, wenn der Hypothek ein Anfangs- oder Endtermin gesetzt ist (§ 163). Damit aber die durch die Bedingung und die Zeitbestimmung eintretende Verfügungsbeschränkung auch gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden kann, bedarf sie der Eintragung (§ 161 Abs. 3, § 892; Achilles-Strecker, GBO. S. 116ff.; vgl. ebd. S. 205 und 211 Erl. 6 über die Unzulässigkeit bedingter und betagter Eintragungsanträge und Eintragungsbewilligungen und S. 217ff. über die Löschung zeitlich beschränkter Rechte).

Da eine für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellte Hypothek das Grundstück sofort unbedingt belastet, wenn auch bis zur Entstehung der Forderung nicht als Hypothek des Gläubigers, sondern als Eigentümergrundschuld (RG. 51 S. 43, JW. 1902 Beil. S. 223), so kann, anders als nach dem preußischen Rechte (vgl. RG. 27 S. 169, Achilles 4. Aufl. S. 210 Erl. 3 a), nicht mehr von einer Konvaleszenz der Hypothek beim Eintritte der Forderung die Rede sein, vielmehr bewirkt dieser den Übergang der Hypothek von dem Eigentümer auf den Gläubiger. Ebenso kommt es nicht mehr darauf an, ob die Forderung während der Dauer des Eigentums des Hypothekbestellers oder erst nach einer Veräußerung entsteht. Der Erwerber des Grundstücks erleidet durch eine spätere Auszahlung der Valuta an den Hypothekbesteller ebensowenig einen Nachteil, wie die gleich- oder nachstehenden Berechtigten; für sie ist es rechtlich gleichgültig, ob die Hypothek dem Gläubiger oder als Grundschuld dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung zusteht. A. M. Boehm S. 152 und Recht 1901 S. 194 auf Grund der irrigen Annahme, daß die Hypothek in einem solchen Falle dem neuen Eigentümer zustehe; nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 steht aber, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, die Hypothek von vornherein dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung zu und verbleibt ihm auch trotz einer Veräußerung des Grundstücks; von ihm geht sie, wenn er die Valuta ausgezahlt erhält, auf den Gläubiger über (s. Leberle das. S. 513).

Nicht erforderlich ist, daß die Forderung gegen den Eigentümer als persönlichen Schuldner gerichtet ist; der Eigentümer kann auch für eine fremde Schuld Hypothek bestellen. Eine persönliche Verpflichtung muß aber vorhanden sein; eine solche liegt jedoch auch dann vor, wenn der Schuldner beim Empfang eines Darlehens mit dem Gläubiger vereinbart, daß dieser sich nur an das belastete Grundstück halten darf (vgl. Bd. II S. 7). Dies zeigt sich, wenn man den Fall ins Auge faßt, daß die Hypothekenbestellung nichtig sein sollte; trotz des Mangels des dinglichen Rechtes wird dann der Gläubiger von dem Darlehensempfänger, aber nur von ihm, Zahlung bei Meidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück fordern können. Auch in diesem Falle ist also nicht nur eine Grundschuld (so M. III S. 611), sondern auch eine Hypothek zulässig (vgl. Hachenburg, Beiträge S. 35, Predari S. 220). Auch die Forderung aus einem Schenkungsversprechen, dessen Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkers gefordert werden kann, kann, selbst wenn sich der Schenker den Widerruf vorbehalten hat, durch eine Hypothek gesichert werden, sofern durch das Versprechen sofort ein Forderungsrecht begründet werden sollte

§. 1114. Ein Bruchtheil eines Grundstücks kann mit einer Hypothek nur belastet werden, wenn er in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht.

(Rspr. 10 S. 414). Dagegen ist eine zur Grundlage einer Hypothek geeignete Forderung nicht begründet, wenn bestimmt ist, daß die Forderung beiderseits unkündbar sein und nach dem Tode des Gläubigers dem Schuldner zufallen soll, da der Gläubiger in diesem Falle kein Recht hat, das Kapital zu fordern (Rspr. 2 S. 9). Daß eine lediglich auf wiederkehrende Leistungen, z. B. laufende Zinsen gerichtete Forderung nicht unmittelbar durch eine Hypothek gesichert werden kann, ist oben Erl. 2 b bereits erwähnt.

Schließlich braucht die Forderung nicht durch eine Schuldurkunde verbrieft zu sein. Die Vorschrift des preuß. EigErwGes. § 19 Ziff. 1 (Achilles 4. Aufl. S. 128 ff.), daß zur Eintragung der Hypothek die Vorlage der Schuldurkunde erforderlich sei, ist nicht in das BGB. übernommen; die Vorlage der Schuldurkunde ist nur für die Erteilung des Hypothekenbriefs von Bedeutung, da jene nach der Ordnungsvorschrift des § 58 der GBO. mit diesem verbunden werden soll.

6. Die Vorschriften des § 1113 finden **auf alle Arten der Hypotheken Anwendung.** Für die Grundschulden und die Rentenschulden treten die Bestimmungen der §§ 1191, 1199 an ihre Stelle.

§ 1114.

E. I § 1063; II § 1023 rev. § 1098; III § 1097. P. I S. 4951 ff., 6240, 6245; M. III S. 638 ff. P. II Bd. 3 S. 543 f.

1. **Begründung des Verbots der Belastung eines Bruchteils.** Wie § 1095 bezüglich des Vorkaufsrechts und § 1106 hinsichtlich der Reallasten, verbietet § 1114 für die Regel die Belastung des Bruchteils eines Grundstücks mit Hypotheken und Grundschulden. Dieselbe Bestimmung trifft für die Zwangs- und Arresthypotheken § 864 Abs. 2 der CPO. Als Grund für das Verbot führen die Motive (a. a. O.) an, daß, von dem im § 1114 hervorgehobenen Ausnahmefalle abgesehen, ein praktisches Bedürfnis von einigem Belange für Hypotheken an Grundstücksbruchteilen, deren Zulässigkeit von dem Standpunkte der Rechtskonsequenz aus allerdings kaum verneint werden könne, nicht anzuerkennen sei und daß es dringend geboten erscheine, die Schwierigkeiten, welche die Hypothek auf dem Anteil eines Miteigentümers der Buchführung und der Zwangsversteigerung bereiten könne, nicht ohne Not zu vermehren (s. auch KG. 26 S. A 286).

2. Der § 1114 verbietet die Belastung eines **Bruchteils** eines Grundstücks oder einer einem Grundstücke gleichgestellten Berechtigung (S. 522 Erl. 3 zu § 1113). Die Bestellung einer Hypothek auf einem realen Grundstücksteil ist nicht durch eine materiellrechtliche Bestimmung beschränkt, sondern nur durch die Verfahrensvorschrift des § 6 GBO., nach der der zu belastende Grundstücksteil von dem Grundstück abzuschreiben und als ein selbständiges Grundstück einzutragen ist, und durch die auf Grund des § 96 GBO. getroffenen Anordnungen der Landesjustizverwaltungen, welche die Eintragung des Grundstücksteils von einer Änderung des amtlichen Verzeichnisses der Grundstücke oder von der Beibringung einer die Lage und die Grenzen des Grundstücksteils darstellenden Karte abhängig machen (s. Achilles-Strecker Erl. zu § 6 GBO.); daß diese Vorschriften auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein auf Grund des § 890 mit einem anderen Grundstücke vereinigtes oder diesem zugeschriebenes, früher selbständiges Grundstück belastet werden soll, ist oben S. 131 Erl. 4 zu § 890 bereits erwähnt.

Die Belastung eines Bruchteils ist nach § 1114 nur dann zulässig, wenn dieser in dem **Anteil eines Miteigentümers** besteht. Danach sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Das Grundstück steht im Alleineigentum. Alsdann kann nur das ganze Grundstück, nicht ein Bruchteil desselben mit einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld belastet werden.

b) Dasselbe gilt, wenn das Grundstück im ungeteilten Miteigentume mehrerer, im sog. Gesamteigentume steht, indem es zu einem mehreren Erben gehörenden Nachlaß oder zu dem Vermögen einer Gesellschaft des BGB., einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft oder zu dem Gesamtgut einer ehelichen oder einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört (§§ 719, 1442, 1471, 1487, 1519, 1549, 2033, § 2040 Abs. 1; HGB. § 105 Abs. 2, § 161 Abs. 2). Denn in diesen Fällen der Gemeinschaft zur gesamten Hand steht keinem

der Gemeinschafter ein Bruchteil an den zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden Grundstücken zu; es können also nach § 1114 weder alle Gemeinschafter zusammen noch ein einzelner einen Bruchteil mit Hypotheken belasten und auch im Wege der Zwangsvollstreckung kann eine Hypothek auf dem Anteil eines Gemeinschafters nicht eingetragen werden (KG. 24 S. A 126; über die Anwendbarkeit des § 1114 auf eine nach preuß. ALR. zu beurteilende Erbengemeinschaft s. Rspr. 7 S. 321). Insbesondere kann auch ein Miterbe nicht bedingt über den Anteil, der ihm bei der demnächstigen Auseinandersetzung zufällt, verfügen; vgl. Bd. V Erl. zu § 2033 und über die Unzulässigkeit der Eintragung einer Arresthypothek auf den Anteil eines Miterben vor der Erbauseinandersetzung KG. 20 S. A 85 sowie Rspr. 2 S. 27. Eine Hypothek an einem Anteil an den Nachlaß- oder Gesellschaftsgrundstücken erlangt der Gläubiger eines Miterben oder eines Gesellschafters auch nicht dadurch, daß er auf Grund des § 859 der CPO. den Anteil seines Schuldners an dem Nachlaß oder an dem Gesellschaftsvermögen als Einheit pfändet; Gegenstand dieses Pfandrechts bildet nur der Anteil an dem Gesamtvermögen als solchem, nicht an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen. Über die Streitfrage, ob diese Pfändung als Verfügungsbeschränkung auf den einzelnen Nachlaß- oder Gesellschaftsgrundstücken in das Grundbuch eingetragen werden darf, vgl. KG. 25 S. A 117, Rspr. 7 S. 354, Achilles-Strecker Erl. 2 zu § 48 GBO., Grohmann in CBl. f. FG. 3 S. 821, Conrades in DJZ. 1903 S. 310, Hamburger in Gruch. 48 S. 58.

c) Dagegen ist die Belastung eines Bruchteils mit einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld zulässig, wenn das Grundstück im Miteigentume nach Bruchteilen (§§ 1008 ff.) steht, aber auch dann kann nur der Anteil eines Miteigentümers, nicht ein sonstiger Bruchteil des Grundstücks, auch nicht ein Bruchteil des Anteils eines Miteigentümers belastet werden. Die Zulassung der Belastung in diesem Falle entspricht dem früheren Rechte des größten Teiles von Deutschland (vgl. M. III S. 638 f.).

Daß die Größe des zu belastenden Bruchteils im Grundbuch angegeben ist, ist kein materiellrechtliches Erfordernis für die Hypothekbestellung, wohl aber auf Grund der Ordnungsvorschrift des § 48 GBO. Voraussetzung für die Eintragung der Hypothek (KG. 20 S. A 304, 21 S. A 110, Rspr. 4 S. 327, bayer. ObLG. 5 S. 177).

3. Zur Zeit der Bestellung der Hypothek muß der zu belastende Bruchteil in dem Anteil eines Miteigentümers bestehen, wenn die Belastung zulässig sein soll. Der frühere Miteigentümer, der durch Erwerb der übrigen Bruchteile Alleineigentümer geworden ist, kann nur noch das ganze Grundstück, nicht mehr einen seinem früheren Anteil entsprechenden Bruchteil belasten; in diesem „besteht" sein Anteil nicht mehr. Dies gilt selbst dann, wenn die Rechtsverhältnisse der Bruchteile des Grundstücks voneinander verschieden sind, der Eigentümer insbesondere nur über einen Bruchteil frei verfügen kann (KG. 27 S. A 119) sowie wenn der Eigentümer die auf einem Bruchteile lastende Hypothek durch Neubelastung der übrigen Bruchteile auf das ganze Grundstück ausdehnen will (KG. 26 S. A 286; Falkmann in CBl. f. FG. 5 S. 303; a. M. Förster im Recht 1904 S. 91, Turnau-Förster I S. 597); für den letzteren Fall eine Ausnahmebestimmung zu treffen, ist mit der Begründung abgelehnt, der Eigentümer könne seinen Zweck in einfacher Weise dadurch erreichen, daß er die Hypothek auf das Grundstück im ganzen eintragen ließe, ohne daß hierdurch die bereits bestehende Quotenhypothek in ihrer Wirksamkeit berührt werde (M. III S. 640). In gleicher Weise kann auch ein Miteigentümer, der mehrere Anteile an einem Grundstück erworben hat, sie nur alle zusammen, nicht einen einzelnen von ihnen belasten; auch eine Hypothek für das Kaufgeld des hinzuerworbenen Anteils kann er nicht an diesem zugunsten des Verkäufers bestellen (bayer. ObLG. 3 S. 272; Rspr. 10 S. 416).

Für die auf Grund des ZVG. § 128 auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Sicherungshypotheken gilt von diesen Sätzen keine Ausnahme; dieselben können nicht auf einem Bruchteil eingetragen werden, der durch den Zuschlag aufgehört hat, den Anteil eines Miteigentümers zu bilden (KG. 23 S. A 230, 26 S. A 157).

4. Die Belastung eines Bruchteils im Sinne des § 1114 erfolgt in erster Linie durch die Bestellung einer neuen Hypothek. Der § 1114 und die in Erl. 2 angeführten §§ 6, 96 GBO. finden jedoch nicht nur auf diesen Fall Anwendung. Sie stehen auch einer nachträglichen Änderung in der Belastung eines Grundstücks entgegen, durch welche an Stelle eines bisher belasteten ganzen Grundstücks ein nicht abgeschriebener reeller Teil oder ein Bruchteil eines Grundstücks, der nicht in dem Anteil eines Miteigentümers besteht, Gegenstand der Hypothek werden soll (KG. 21 S. A 112). Unzulässig ist daher nach § 1114 auch die Entlassung eines

ideellen Teiles aus der Mithaft, wenn der verhaftet bleibende Rest nicht den Anteil eines Miteigentümers bildet, sowie die sog. ideelle Subrepartition bei einem Zusammenlegungs- oder Verkoppelungsverfahren, nach welchen an Stelle des bisher belasteten Grundstücks, für das ein besonderes Abfindungsstück nicht ausgewiesen ist, ein ideeller Wertanteil des Gesamtabfindungsplans in die Haftung für die Hypotheken eintreten soll, es sei denn, daß dieses Verfahren durch die laut Art. 113 des EG. aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften zugelassen ist.

Dagegen stehen die angeführten Vorschriften der fortdauernden Gültigkeit einer gehörig bestellten Hypothek nicht entgegen, wenn infolge einer späteren Änderung in den Eigentumsverhältnissen ein nicht abgeschriebener reeller Teil oder ein nicht den Anteil eines Miteigentümers bildender Bruchteil Gegenstand der Hypothek wird. Wenn z. B. das belastete, bisher selbständige Grundstück mit einem anderen Grundstücke vereinigt oder dem letzteren als Bestandteil zugeschrieben wird, so bleibt die auf jenem lastende Hypothek bestehen (vgl. Erl. 4a zu § 1131), und wenn ein Grundstück, das bisher im Miteigentume nach Bruchteilen stand, auf einen Alleineigentümer übergeht oder wenn ein Miteigentümer den Bruchteil eines anderen zu dem seinigen hinzuerwirbt, so ändert dies nichts an der fortdauernden Gültigkeit der an einem bisherigen Miteigentumsanteile bestellten Hypothek.

5. **Die Wirkungen eines Verstoßes** gegen § 1114 und gegen §§ 6, 96 GBO. sind verschieden. Die Belastung eines reellen Grundstücksteils ist gültig, auch wenn die Ordnungsvorschriften der GBO. nicht beobachtet sind (RG. in JW. 1905 S. 419). Dagegen ist die durch § 1114 verbotene Belastung eines Bruchteils nichtig und eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung im Sinne des § 54 GBO. (KG. 23 S. A 230). Sie wird auch nicht nachträglich dadurch wirksam, daß der belastete Bruchteil zum Anteil eines Miteigentümers wird. Von einer Konvaleszenz auf Grund des § 185 Abs. 2 BGB. kann keine Rede sein, weil die Unwirksamkeit nicht in dem Mangel der Verfügungsbefugnis ihren Grund hat; auch der Alleineigentümer sowie sämtliche Gesamteigentümer können einen Bruchteil des Grundstücks nicht belasten, obwohl ihnen die Verfügungsbefugnis über diesen zusteht (a. M. Biermann S. 301 Erl. 2, Willenbücher S. 151 Erl. 2).

6. **Auf Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek** finden die Vorschriften der §§ 6, 96 der GBO. (Erl. 2) keine Anwendung, weil die Eintragung einer Vormerkung keine Belastung mit einem Rechte ist (KG. 20 S. A 77, RJA. 1 S. 158; vgl. Achilles-Strecker Erl. 2 zu § 6 GBO.; a. M. Predari, GBO. S. 72f., Sekler, Vormerkung S. 150).

Zweifelhaft ist es, ob die Vorschrift des § 1114 die Eintragung einer solchen Vormerkung auf einem Bruchteile des Grundstücks ausschließt, welcher zur Zeit nicht in dem Anteil eines Miteigentümers besteht. In der früheren Auflage ist diese Frage verneint (ebenso Biermann S. 301 Erl. 2, Willenbücher S. 151 Erl. 5, Sekler, Vormerkung S. 150f.), vorausgesetzt daß die Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek in der Erwartung übernommen ist, daß der Bruchteil künftig den Anteil eines Miteigentümers bilden wird; ist letzteres nicht der Fall, so liegt eine Verpflichtung auf eine durch § 1114 verbotene Leistung und daher kein Anspruch auf Einräumung einer Hypothek vor, der durch die Vormerkung gesichert werden könnte. Mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift des § 1114, Schwierigkeiten für die Buchführung und für die Zwangsversteigerung zu vermeiden (s. Erl. 1), erscheint es indessen richtiger, mit dem Kammergerichte (KG. 28 S. A 111) den § 1114 auf Hypothekenvormerkungen analog anzuwenden, da durch deren Eintragung dieselben Schwierigkeiten für die Buchführung und die Zwangsversteigerung (s. S. 116f. Erl. 3c α zu § 883) entstehen, wie durch die Eintragung der Hypotheken. Demnach ist z. B. eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek an dem Bruchteil eines Nachlaßgrundstücks, dessen Erwerb der verpflichtete Miterbe bei der Erbauseinandersetzung erhofft, selbst auf Bewilligung sämtlicher Miterben für unzulässig zu erachten (KG. a. a. O.; a. M. Biermann und Willenbücher a. a. O., Götte im CBl. f. FG. 1 S. 655). Der Eintragung der Vormerkung in diesem Falle steht auch der Umstand entgegen, daß der zu sichernde persönliche Anspruch nicht gegen den durch die Eintragung der Vormerkung Betroffenen geht; er richtet sich nur gegen den verpflichteten Miterben, während das Recht aller Miterben von der Vorbemerkung betroffen wird (s. S. 114 Erl. 1c zu § 883; Sekler, Vormerkung S. 40).

7. **Die Bestimmungen des § 1114 gelten für alle Arten der Hypotheken, der Grundschulden und Rentenschulden.**

§. 1115. Bei der Eintragung der Hypothek müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden; im Uebrigen kann zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

Bei der Eintragung der Hypothek für ein Darlehen einer Kreditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, genügt zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzung.

---

§ 1115.

E. I § 1064; II § 1024 rev. § 1099; III § 1098. P. I S. 4955 ff., 5058 f.; M. III S. 640 ff. P. II Bd. 3 S. 544 ff.

Perls, Die Bestimmtheit der Hypothekenschuld, in Iherings Jahrb. 45 S. 211; **Brettner** im Recht 1900 S. 275.

1. **Inhalt und Bedeutung der Vorschrift.** Wie oben S. 518 Vorbm. 4a bereits erwähnt ist, kommen, von den ebendaselbst angeführten Ausnahmen abgesehen, für die Entstehung der Hypothek die Vorschriften der §§ 873, 874, 878 zur Anwendung. Demnach gilt auch für die Hypothek das oben S. 90 Erl. IV 2 zu § 873 über den **Inhalt der Eintragung** Gesagte; der gesamte Inhalt und Umfang des Rechtes muß in dem Grundbuche zur Erscheinung kommen oder, wie es in den M. III S. 640 ausgedrückt ist, in das Grundbuch gehört: „alles das, was zur Begründung der Belastung erforderlich ist, bezw. für die Erkennbarkeit der Belastung nach deren Inhalt und Umfang Bedeutung hat". Nach § 874 braucht aber dieses alles nicht in das Grundbuch selbst aufgenommen zu werden; es genügt zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt" (vgl. oben S. 91 f.).

Nach diesen Vorschriften muß bei der Eintragung auch die Forderung, welche für den Inhalt und Umfang der Hypothek bei deren akzessorischen Natur von Bedeutung ist, in das Grundbuch eingetragen oder diese Eintragung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden. Inwieweit das letztere genügt und inwieweit die Eintragung erforderlich ist, stellt die Sondervorschrift des § 1115 klar (vgl. Rspr. 9 S. 310). Sie bezieht sich aber nur auf die Forderung, welche durch die Hypothek gesichert werden soll, nicht auf den sonstigen Inhalt des dinglichen Rechtes (M. III S. 640; vgl. Erl. 6).

Die Bestimmung des § 1115 Abs. 1 Halbs. 1 ist nicht etwa eine Ordnungsvorschrift, sondern eine materiellrechtliche Bestimmung **von wesentlicher Bedeutung.** Die Nichteintragung eines Gläubigers oder des Geldbetrags der Forderung hat daher die Nichtigkeit der Belastung zur Folge, die Hypothek besteht weder als Hypothek noch als Eigentümergrundschuld und ist als ihrem Inhalte nach unzulässig auf Grund des § 54 der GBO. von Amtswegen zu löschen; eine falsche Bezeichnung des Gläubigers steht jedoch der Nichteintragung nicht gleich. Die Nichteintragung des Zinssatzes oder der sonstigen Nebenleistungen macht nicht die ganze Hypothek nichtig, sondern nur die Belastung mit den nicht eingetragenen Nebenleistungen (vgl. **Perls** a. a. O. S. 250 ff.).

2. Wesentlich ist zunächst **die Angabe des Gläubigers** der Forderung im Grundbuche. Wie dieser zu bezeichnen ist, sagt das Gesetz nicht. Es unterläßt absichtlich, die Eintragung auf den Namen des Gläubigers vorzuschreiben, weil eine solche Vorschrift „geeignet ist, der Frage vorzugreifen, ob für die Abkömmlinge einer bestimmten Person, d. h. für die Kinder, welche dieselbe etwa noch bekommt, eine Hypothek bestellt werden kann. In Preußen hat man versucht, diese Frage aus dem Ges. über den Eigentumserwerb rc. § 23 zu entscheiden, obschon die Entscheidung in Erwägungen gesucht werden muß, welche nicht dem Grundbuchrecht angehören. Aus dem Grundbuchrechte läßt sich für die Hypothek nur das Erfordernis der Bestimmtheit des Gläubigers ableiten. Der Gläubiger aber ist hinlänglich bestimmt, wenn das Grundbuch ergibt, daß die Eintragung für die künftigen Abkömmlinge einer dem Namen nach bezeichneten Person erfolgt ist. Sofern also nach anderweitigen Vorschriften auf den Fall, daß diese Person Abkömmlinge erhält, für dieselben eine Forderung begründet werden kann, muß das Grundbuchrecht die Bestellung einer Hypothek für eine solche Forderung ermöglichen. Der Entwurf sieht

deshalb davon ab, die Angabe des Gläubigernamens als unbedingt wesentlichen Bestandteil der Eintragung hinzustellen, wenngleich er nicht verkennt, daß in der Regel der Name mit einzutragen ist, um der Person des Gläubigers diejenige Bestimmtheit zu sichern, welche zum gesetzlichen Begriffe der Hypothek gehört" (M. III S. 641).

a) Aus diesen Ausführungen in Verbindung mit dem Wortlaute des Gesetzes erhellt, daß die **Art der Bezeichnung des Gläubigers** für den Bestand der Hypothek gleichgültig ist, wenn sie nur genügt, die Identität des Gläubigers festzustellen. Die Beobachtung der landesrechtlichen Vorschriften, welche nähere Bestimmungen über die Bezeichnung des Berechtigten im Grundbuche treffen (z. B. preuß. Allg. Verf. v. 20. Nov. 1899 z. Ausf. der GBO. § 4, bayer. Dienstanweisung v. 27. Febr. 1905 §§ 259ff., sächs. VO. v. 26. Juli 1899 zur Ausführung der GBO. §§ 64ff.), ist also für die Gültigkeit der Hypothek ohne Bedeutung (s. RG. 28 S. A 115), obwohl die Grundbuchämter verpflichtet sind, diese Vorschriften bei der Eintragung zu beachten und einen Antrag zurückzuweisen, dessen Unterlagen die zu der vorgeschriebenen Bezeichnung erforderlichen Angaben nicht enthalten. (In letzterer Hinsicht a. M. Rspr. 3 S. 229.) Demnach macht unter der oben erwähnten Voraussetzung, daß die Identität des Gläubigers festzustellen ist, z. B. die vorschriftswidrige Eintragung einer Hypothek auf den Namen des Organs der juristischen Person statt auf den Namen der juristischen Person selbst, z. B. für einen Kirchenvorstand, eine Polizeibehörde, die Hypothek nicht nichtig. Auch die Eintragung eines Einzelkaufmannes unter seiner Firma statt unter seinen bürgerlichen Namen, welche richtiger Ansicht nach auch nach dem jetzigen HGB. nicht zulässig ist (RG. 4 S. 133, 9 S. 3, 26 S. A 135; RJA. 3 S. 196; Oberneck in Gruch. 43 S. 697, Staub 6., 7. Aufl. S. 107; a. M. z. B. Rspr. 5 S. 254, Fuchs S. 392), hat die Nichtigkeit der Hypothek nicht zur Folge. Dasselbe gilt von der Eintragung der Firma einer Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft statt der Firma der Hauptniederlassung (RJA. 4 S. 47, bayer. ObLG. 5 S. 281; über die Zulässigkeit eines auf die Zweigniederlassung hinweisenden Vermerkes vgl. RG. 28 S. A 81; a. M. Rspr. 9 S. 351), einer Kommunalsparkasse statt des Kommunalverbandes (Rspr. 8 S. 204, 9 S. 360), der Konkursmasse statt des Gemeinschuldners (Seuff. A. 44 Nr. 79, Rspr. 5 S. 7, Jaeger KO. Anm. 17 zu § 6) als Hypothekengläubiger. Auch ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 48 der GBO., welche für den Fall der Eintragung mehrerer Berechtigter die Angabe ihrer Anteile in Bruchteilen oder des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses anordnet, ist für die Gültigkeit der Hypotheken ohne Belang (vgl. S. 526 Erl. 2 a. E. zu § 1114). Gültig und nicht vorschriftswidrig ist z. B. die Eintragung einer Hypothek für die unbekannten Erben oder für die Nachlaßmasse eines bestimmten Verstorbenen (RG. 4 S. 184, 5 S. 158, 6 S. 98, 28 S. A 115, 288, RJA. 2 S. 241); in dem ZVG. §§ 126, 128, 130 ist die Eintragung einer Sicherungshypothek für einen unbekannten Berechtigten ausdrücklich gestattet.

Das Erfordernis der Angabe des Gläubigers im Grundbuche gilt für alle Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, auch für die Sicherungshypotheken für Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren und für die Grundschulden für den Inhaber des Grundschuldbriefs (RJA. 2 S. 147; a. M. Turnau-Förster I S. 600, 820). Der Vorschrift wird bei den letzteren und bei den Sicherungshypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber dadurch genügt, daß der jeweilige Inhaber des Grundschuldbriefs oder der näher zu bezeichnenden Schuldverschreibung als Gläubiger bezeichnet wird. Eine Sicherungshypothek für die Forderung aus einem Wechsel oder einem anderen indossabelen Papier ist dagegen auf den Namen des Remittenten einzutragen; der von dem OLG. Dresden (RJA. 2 S. 147), Kretzschmar I S. 239, 405, Biermann S. 303 u. a. geforderte Zusatz: „oder der durch Indossament legitimierte Inhaber" ist zur Erfüllung der Vorschrift des § 1115 nicht erforderlich (vgl. jedoch Erl. 3b zu § 1187; bayer. Dienstanw. v. 27. Febr. 1905 § 416).

b) In den obigen Sätzen der Motive wird ferner mit Recht betont, daß die Frage, wie der Gläubiger im Grundbuche zu bezeichnen ist, nichts mit der weiteren Frage zu tun hat, **wer als Gläubiger eingetragen werden kann.** Wie oben Seite 522 Erl. 4 zu § 1113 bereits gesagt ist, kann grundsätzlich eine Hypothek zugunsten eines jeden bestellt werden, der Gläubiger einer Forderung sein kann. Davon gelten nur die a. a. O. erwähnten Ausnahmen. Von diesen abgesehen, kann für jedes Rechtssubjekt, für jede physische und jede juristische Person sowie auch für diejenigen Personenmehrheiten, welche, ohne juristische Personen zu sein, unter ihrem Gesamtnamen Rechte erwerben können (wie z. B. die offenen Handelsgesellschaften, die Kommanditgesellschaften), eine Hypothek bestellt werden, dagegen nicht für nicht rechtsfähige Vereine (vgl. RG. 26 S. A 109). Die künftigen Abkömmlinge einer bestimmten Person können nur

ausnahmsweise Hypothekengläubiger sein. Noch nicht geborene sind nach § 1 des BGB. grundsätzlich keine Rechtssubjekte, einerlei ob sie bereits erzeugt sind oder nicht. Nur gewisse Rechte werden ihnen zuerkannt; so gilt für die Erbfolge ein zur Zeit des Erbfalls bereits Erzeugter als vor dem Erbfalle geboren und zum Nacherben kann auch ein zur Zeit des Erbfalls noch nicht Erzeugter berufen werden, sofern er nur zur Zeit des Falles der Nacherbfolge geboren oder wenigstens erzeugt ist; ähnliches gilt für Vermächtnisse (§§ 1923, 2101, 2105, 2108, 2162, 2172). Vgl. auch § 844 Abs. 2 Satz 2. Nur insoweit kommt die künftige Deszendenz als Hypothekengläubigerin in Betracht; in anderen Fällen kann für sie selbst dann keine Hypothek bestellt werden, wenn für sie eine Pflegschaft eingeleitet sein sollte. Eine Leibesfrucht (§ 1912) kann aber auch nur dann einen Pfleger erhalten, wenn dieses zur Wahrung solcher Rechte erforderlich ist, die in dem Gesetz ausnahmsweise als Rechte des noch Ungeborenen, aber schon Empfangenen anerkannt sind (vgl. Bd. IV Erl. zu § 1912; KG. 20 S. A 241, 22 S. A 30; Rspr. 10 S. 72).

Über die — grundsätzlich zu verneinende — Frage, ob das Grundbuchamt verpflichtet oder berechtigt ist, den Nachweis der Existenz einer einzutragenden physischen oder juristischen Person zu fordern, vgl. Achilles-Strecker S. 189, Rspr. 5 S. 7, KG. 24 S. A 83, 25 S. A 113.

3. Wesentlich ist ferner die Eintragung des **Geldbetrags der Forderung**. Aus dieser Bestimmung folgt, wie oben S. 523 Erl. 5 zu § 1113 bereits erörtert, daß nur für Geldforderungen Hypotheken bestellt werden können. Nach § 28 Satz 2 der GBO. ist der Geldbetrag in Reichswährung anzugeben; diese Vorschrift ist aber, wie für die Regel alle Bestimmungen der GBO., nur eine Ordnungsvorschrift und, um dies klarzustellen, absichtlich nicht in das BGB. aufgenommen (M. III S. 641 f.); ein Verstoß gegen sie hat also nicht die Nichtigkeit der Belastung zur Folge und rechtfertigt nicht die Anwendung des § 54 GBO. (vgl. Achilles-Strecker S. 224 ff., Perls a. a. O. S. 253).

4. Schließlich muß **der Zinssatz**, falls die Forderung verzinslich ist, **und der Geldbetrag etwaiger anderer Nebenleistungen** im Grundbuch angegeben werden, soweit nicht Abs. 2 hinsichtlich der letzteren die Bezugnahme gestattet.

a) **Zinssatz.** „Der Betrag der Forderung erhöht sich, wenn dieselbe verzinslich ist, um die Zinsen. Aus der Anwendung des Eintragungsprinzips auf die Hypothek folgt daher, daß die Zinsen oder vielmehr die Verzinslichkeit der Forderung und der Zinssatz, welcher die Höhe der Zinsen bestimmt, in das Grundbuch mit eingetragen werden müssen, wenn das Grundstück nicht bloß für das Kapital, sondern auch für die Zinsen haften soll.“ (M. III S. 642.) Daher hat der E. I für den Fall, daß die Forderung verzinslich ist, die Eintragung der Verzinslichkeit und des Zinssatzes in das Grundbuch vorgeschrieben. Das Gesetz begnügt sich mit der Anordnung der Angabe des Zinssatzes, aus der sich die Verzinslichkeit ohne weiteres ergibt, und verlangt außerdem, wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, die Eintragung ihres Geldbetrags. Diese Vorschrift gilt jedoch nur für die vertragsmäßigen, nicht für die gesetzlichen Zinsen und auch nicht für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (§ 1118; vgl. Erl. 3 zu diesem). Von diesen Ausnahmefällen abgesehen haftet das Grundstück nur für Zinsen und Nebenleistungen, wenn der Zinssatz oder der Geldbetrag der letzteren eingetragen ist. Der Vermerk der Zinslosigkeit ist demnach überflüssig. Fehlt die Angabe eines Zinssatzes, gilt die Forderung als unverzinslich, selbst wenn sie als verzinslich bezeichnet sein sollte. Der Antrag auf Eintragung einer angeblich verzinslichen Forderung ist daher von dem Grundbuchamte mangels Angabe des Zinsfußes abzulehnen (Rspr. 1 S. 456). Wenn auch unter dem Zinssatze der Zinsfuß, d. i. das Verhältnis der Zinsen zur Kapitalsumme zu verstehen ist, so braucht doch nicht notwendig dieses Verhältnis angegeben zu werden, die Zinsvergütung kann auch in gewöhnlichen Bruchteilen des Kapitals oder in einer bestimmten Summe festgesetzt werden; es genügt, daß sich das Verhältnis der Zinsen zum Kapitale durch ein einfaches Rechenexempel bestimmen läßt (KG. 28 S. A 117).

Die Verzinslichkeit einer Hypothekenforderung und — vorbehaltlich der Vorschriften des § 138 über den Wucher — ihr Zinssatz unterliegt der Bestimmung der Beteiligten. Diese können die Verzinsung oder die Höhe der Zinsen auch von einer Bedingung abhängig machen, z. B. die Erhöhung der Zinsen von 4 auf 5% für den Fall nicht pünktlicher Zinszahlung vereinbaren (KG. 20 S. A 198). In einem solchen Falle genügt die Eintragung eines Maximal-Zinssatzes unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung betreffs der Modalitäten (M. III S. 643; sächs. Arch. 10 S. 188; RJA. 3 S. 52; KG. 27 S. A 122; CBl. f. FG. 5 S. 376; Perls a. a. O. S. 241).

b) Als Nebenleistungen sind nur solche Forderungen anzusehen, welche einerseits nicht den Charakter selbständiger Kapitalforderungen haben (s. Erl. 4 c α), andererseits aber neben dem Kapitale zu entrichten sind, so daß durch sie die Forderung des Gläubigers und die Belastung des Grundstücks erweitert wird (s. Erl. 4 a a. A.; vgl. Perls a. a. O. S. 235). Keine Nebenleistungen sind demnach Amortisationsbeiträge, da sie nicht neben dem Kapitale der Hypothekenforderung zu entrichten, sondern dieses selbst allmählich zu tilgen bestimmt sind. Ebenso wie die Vereinbarung der Tilgung der Forderung durch Abschlagszahlungen von bestimmten Summen, bildet auch die Abrede der Entrichtung von Amortisationsquoten eine Zahlungsbedingung, deren Eintragung in das Grundbuch durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden kann (s. Erl. 5 c; RG. 54 S. 88, KG. 24 S. A 246, bayer. ObLG. 3 S. 640, bayer. Dienstanw. § 412; Perls a. a. O. S. 236 ff., Oberneck in Gruch. 47 S. 331 ff.; abw. Rspr. 4 S. 70, Biermann S. 305; Bonschab in Bl. f. RAnw. 1902 S. 457 ff.; Kretzschmar in DJZ. 1903 S. 331 ff.; s. auch Dronke ebd. 1902 S. 243, Harnier das. S. 433). Dagegen kommen außer den Zinsen als Nebenleistungen z. B. Vertragsstrafen für unpünktliche Zinszahlungen, Zinseszinsen, soweit deren Vereinbarung nach § 248 Abs. 2 zulässig ist, andere als die im § 1118 genannten Kosten, insbesondere Eintragungskosten (Rspr. 4 S. 160, CBl. f. FG. 5 S. 712; vgl. jedoch für Zwangshypotheken die Sondervorschrift des § 867 Abs. 1 Satz 3 der CPO., Erl. 2 zu § 1118), eine in Prozenten des Kapitals festgesetzte Entschädigung für vorzeitige Rückzahlung (KG. 20 S. A 204, Rspr. 8 S. 206) u. a. in Betracht.

Die Höhe der Nebenleistungen muß in einer bestimmten Geldsumme angegeben oder derartig beschrieben werden, daß die Berechnung auf einen Geldbetrag stattfinden kann (vgl. Rspr. 8 S. 206; Perls a. a. O. S. 242). Die Angabe des Zinssatzes der Zinseszinsen genügt nicht (KG 20 S. A 119). Läßt sich der Geldbetrag der Nebenleistungen nicht angeben, weil er zurzeit noch nicht feststeht, so muß, wie bei den Zinsen die Angabe des Maximalzinssatzes, so auch hier die Eintragung des Höchstbetrags genügen, ohne daß es der Eintragung einer besonderen Sicherungshypothek bedarf (Perls a. a. O. S. 241 f.; vgl. KG. 20 S. A 204, Rsp. 8 S. 206, CBl. f. FG. 5 S. 712; Grohmann im Sächs. Arch. 11 S. 299; Schmitt in Z. f. RPfl. in Bay. 1905 S. 271; anders die frühere Aufl., P. II Bd. 3 S. 545; bayer. Dienstanw. v. 27. Febr. 1905 § 410 III; Biermann S. 305). Nach der Ordnungsvorschrift des § 28 Satz 2 GBO. soll auch der Geldbetrag der Nebenleistungen in Reichswährung angegeben werden.

Die Vorschrift des § 1115 steht der Angabe der Zinsen und anderer Nebenleistungen in einem Gesamtbetrage nicht entgegen. Zwar könnte man aus dem Wortlaute, nach welchem die Angabe des Zinssatzes erforderlich ist, das Gegenteil folgern (so CBl. f. FG. 1 S. 411); indessen dem Zwecke der Vorschrift, die Höhe der Belastung dem Eintragungsprinzip entsprechend durch das Grundbuch ersichtlich zu machen, wird auch durch Eintragung des Gesamtbetrags genügt. Dagegen müssen die Prozentsätze der Zinsen und der Amortisationsbeiträge getrennt angegeben werden, weil letztere, wie erwähnt, keine Nebenleistungen sind und nur durch erstere die Belastung des Grundstücks erweitert wird.

c) Eine Ausnahme gilt nach Abs. 2 für **die Darlehen der Kreditanstalten.** Bei ihnen soll zur Bezeichnung „der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen“ die Bezugnahme auf die Satzung genügen. Diese Vorschrift verfolgt den Zweck, die Eintragung einer besonderen Sicherungshypothek für diejenigen Nebenleistungen zu vermeiden, welche, wie z. B. die Zinsen für rückständig gebliebene, von der Anstalt vorgeschossene Hypothekenzinsen und die Vertragsstrafen für unpünktliche Zinszahlung, ihrer Entstehung und ihrem Betrage nach nicht von vornherein feststehen und daher nicht mit ihrem Geldbetrag angegeben werden können. Um den Realkredit durch Eintragung solcher Sicherungshypotheken nicht zu schmälern und um die Führung des Grundbuchs zu erleichtern, ist die vertragsmäßige Erstreckung der Darlehnshypothek auf die satzungsmäßigen Nebenleistungen ohne Eintragung eines bestimmten Geldbetrags gestattet; die Eintragung wird durch die Bezugnahme auf die Satzung ersetzt. Die Verweisung auf die Satzungen stellt auch für Dritte den Umfang der Haftung genügend klar, da die Vorschrift nur für Kreditanstalten gilt, deren Satzungen öffentlich bekannt gemacht sind (P. II Bd. 3 S. 545 f.).

α) Erste **Voraussetzung** ist demnach, daß die Satzung der Kreditanstalt von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist. Daß durch die öffentliche Bekanntmachung der Inhalt der Satzungen Dritten zugänglich gemacht ist, hat nach den mitgeteilten Worten der P. II nur den Zweck, daß diese sich über den Umfang der Haftung wegen der Nebenleistungen Gewißheit verschaffen können. Danach wird die Bekanntmachung des vollen Inhalts der Satzung nicht erforderlich sein, sondern die Bekanntmachung des die Nebenleistungen betreffenden Teiles

der Satzung genügen (KG. 21 S. A 143). Welche Behörde die Satzung zu veröffentlichen hat und wie die Bekanntmachung erfolgen muß, richtet sich nach Landesrecht (vgl. z. B. für Bayern Kgl. VO. v. 24. Dezbr. 1899 § 11, Dienstanw. v. 27. Febr. 1905 § 411). Außer der öffentlichen Bekanntmachung der Satzung ist ein weiteres Erfordernis hinsichtlich der Kreditanstalt nicht aufgestellt; insbesondere ist die Vorschrift nicht auf landschaftliche oder ritterschaftliche Kreditanstalten beschränkt, für die der Vorbehalt des Art. 167 des EG. gilt.

Weitere Voraussetzungen für die Anwendung der Sondervorschrift des Abs. 2 sind, daß die durch die Hypothek gesicherte Forderung eine Darlehnsforderung ist und daß es sich um Nebenleistungen (vgl. Erl. 4b) handelt, die außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichten sind; der Zinssatz bedarf also nach der Regel des Abs. 1 stets der Eintragung und das gleiche ist mit etwaigen neben den Darlehen geschuldeten Beträgen, die nicht als Nebenleistungen, sondern als selbständige Kapitalforderungen anzusehen sind, und mit nicht aus den Satzungen ersichtlichen Nebenleistungen der Fall; auch die Höhe der Nebenleistungen muß aus der Satzung erhellen (vgl. KG. 22 S. A 167; dagegen Perls a. a. O. S. 248f.). Als eine selbständige Kapitalforderung ist z. B. das Zuschußdarlehen zu betrachten, das zur Ausgleichung der Differenz zwischen dem Kurse und dem Nennwerte der für die Darlehen auszugebenden Pfandbriefe bewilligt ist (RG. 20 S. 220, KG. 16 S. 136, CBl. f. FG. 1 S. 411; Rspr. 5 S. 155; Perls a. a. O. S. 236).

β) Unter diesen Voraussetzungen gestattet das BGB. **die Bezugnahme auf die Satzung** an Stelle der Eintragung des Geldbetrags der Nebenleistungen. Daß die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung der Bezugnahme auf die Satzung gleichsteht, wie in P. II Bd. 3 S. 546 und von Fuchs S. 398 (s. auch Perls a. a. O. S. 247f., 256) angenommen wird, ist mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht vereinbar, und da es sich um satzungsgemäß zu entrichtende Nebenleistungen handeln muß und auf die öffentliche Bekanntmachung der Satzungen Wert gelegt wird, gibt der Wortlaut der Vorschrift auch einen guten Sinn (Rspr. 2 S. 110). Die Bezugnahme ist nicht entbehrlich; kraft Gesetzes erstreckt sich die Haftung nicht auf die Nebenleistungen (P. II a. a. O.).

5. Von dem Gläubiger, dem Geldbetrage der Forderung, dem Zinssatz und dem Geldbetrage der sonstigen Nebenleistungen abgesehen, bedarf es nicht notwendig der Eintragung der Bedingungen der Forderung in das Grundbuch, sondern es genügt, wie nach § 874 zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes, **die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.** Auf Grund der Erwägungen, welche nach den M. III S. 472, 586f., 643ff. für die Aufnahme der §§ 874, 1115 entscheidend waren (s. oben S. 91 Erl. 1 zu § 874), bezeichnet das RG. 50 S. 153, als den Standpunkt des BGB.: von der Eintragung in das Grundbuch soll fern gehalten werden, was durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung als eingetragen gelten kann. Inwieweit das Grundbuchamt von der Befugnis der Bezugnahme Gebrauch machen will, unterliegt seinem Ermessen; an die Anträge der Beteiligten ist es in diesem Punkte nicht gebunden (s. S. 92 Erl. 4 zu § 874; KG. 27 S. A 122). Zu den Punkten, deren Eintragung durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden kann, gehören insbesondere (vgl. M. III S. 643ff.)

a) der Grund der Forderung. Regelmäßig wird dieser in dem Grundbuch im allgemeinen als Darlehen, Kaufvertrag, abstraktes Schuldanerkenntnis (vgl. KG. 22 S. A 307, 26 S. A 278, RJA. 3 S. 135) 2c. angegeben werden, aber vorgeschrieben ist auch dieses durch das Reichsrecht nicht; es genügt die Bezugnahme. Eine falsche Bezeichnung des Schuldgrundes in dem Eintragungsvermerke hat die Unwirksamkeit der Hypothek nicht zur Folge (RG. 42 S. 315, 45 S. 176; abw. Friedländer in Bl. f. RAnw. 1904 S. 514; s. auch Erl. 3 zu § 1138). Über die Notwendigkeit der Angabe der Art des Schuldverhältnisses in der Eintragungsbewilligung vgl. KG. 21 S. A 139, 26 S. A 278, Rspr. 3 S. 359; die Erklärung, daß der Eigentümer dem Gläubiger eine bestimmte Geldsumme verschulde und sich verpflichte, diesen Betrag zu verzinsen und nach dreimonatiger Kündigung zurückzuzahlen, genügt, da hierin ein Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB. enthalten ist (KG. 26 S. A 278).

b) der Anfangstag der Verzinsung und die Zinszahlungstermine. Ihre Festsetzung unterliegt der Vereinbarung der Beteiligten. In Ermangelung einer Abrede kommen die etwaigen Bestimmungen in Betracht, welche das BGB. in dem zweiten Buche für das betreffende Forderungsrecht getroffen hat, z. B. die Vorschrift des § 608 über die Fälligkeit der Darlehnszinsen. Hiervon abweichende Vereinbarungen können bei der Verkehrshypothek einem gutgläubigen

Dritten nur dann entgegengesetzt werden, wenn sie eingetragen sind oder ihre Eintragung durch die Bezugnahme ersetzt ist. Die Eintragung der Zinszahlungstermine in das Grundbuch ist auch nicht mit Rücksicht auf § 13 des ZVG. erforderlich, um dem Vollstreckungsgerichte den letzten Fälligkeitstermin vor der Beschlagnahme bekannt zu machen; denn nach § 19 des ZVG. erhält das Vollstreckungsgericht nicht nur eine beglaubigte Abschrift des Grundbuchblatts, sondern auch der Urkunden, auf welche im Grundbuche bezug genommen wird, oder statt der Abschrift der letzteren die Urkunden oder die Grundakten selbst zur Einsicht.

c) die Zahlungsbedingungen. Auch die Zeit, der Ort und die Art der Zahlung des Kapitals bestimmen sich in Ermangelung einer besonderen Abrede nach den für das betreffende Schuldverhältnis geltenden gesetzlichen Bestimmungen (z. B. §§ 267—271, 609, 1418ff.); diese sind bei der Verkehrshypothek auch im Falle einer entgegenstehenden Vereinbarung zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers maßgebend, wenn abweichende Bedingungen nicht durch die Eintragung oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung veröffentlicht worden sind.

Hinsichtlich der Zeit der Zahlung sind jedoch der Parteivereinbarung Schranken gesetzt. Abgesehen von der Vorschrift des § 247 über die Kündigungsbefugnis für den Fall der Vereinbarung eines höheren Zinssatzes als 6%, erhält das EG. Art. 117 Abs. 2 die landesrechtlichen Bestimmungen aufrecht, welche die Belastung eines Grundstücks mit einer unkündbaren Hypothek oder Grundschuld untersagen oder die Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers zeitlich beschränken. Von diesem Vorbehalte haben verschiedene Bundesstaaten Gebrauch gemacht, z. B. Preußen im Art. 32, Württemberg im Art. 212 und Baden im Art. 27 des AG. z. BGB. (vgl. Bd. VI S. 237 und für Preußen Achilles-Strecker S. 66f., Turnau-Förster I S. 608ff., Rspr. 2 S. 9, 4 S. 315). Weitere Einschränkungen der Vertragsfreiheit sind für die hypothekarischen Darlehen der Hypothekenbanken in dem Hypothekenbankgesetze v. 13. Juli 1899 § 17 Abs. 3, §§ 18—21 enthalten (vgl. auch ebd. § 49 Satz 2). Im übrigen gilt Vertragsfreiheit; insbesondere kann auch vereinbart werden, daß der Gläubiger das Kapital sofort fordern darf, wenn der Eigentümer die gehörige Versicherung der auf dem belasteten Grundstücke stehenden Gebäude gegen Feuersgefahr unterläßt, oder wenn der Schuldner, der von ihm übernommenen Verpflichtung zuwider, sein Bier aus einer anderen Brauerei als der des Gläubigers bezieht oder ä. (s. Rspr. 3 S. 232 und über die Unzulässigkeit der Eintragung der Verpflichtung des Eigentümers zur Anzeige der erfolgten Feuerversicherung und zum Gestatten des Betretens des Grundstücks als Nebenbestimmung der Hypothek vgl. Rspr. 10 S. 418). Wenn für den Fall pünktlicher Zinszahlung Unkündbarkeit ausbedungen ist, so kann die Kündigung nicht im voraus für den Fall erfolgen, daß eine Zinsrate nicht pünktlich gezahlt werden sollte (RG. im CBl. f. FG. 4 S. 704). Über weitere die Kündigung betreffende Fragen vgl. Schneider im Recht 1904 S. 592ff., 621ff.

Als eine die Art der Zahlung betreffende Vereinbarung kommt vor allem die Abrede der **Zahlung in Gold** in Betracht. Diese Abrede ist zulässig; zweifelhaft ist aber ihre Eintragungsfähigkeit. Dieselbe wird im allgemeinen von der Praxis bejaht; so hat das RG. 50 S. 145 die Vereinbarung, daß alle Barzahlungen in deutscher Reichswährung und unter allen Umständen in Gold erfolgen müssen, und das Kammergericht die Abrede der Zahlung in Goldmünzen deutscher Reichswährung oder in Gold deutscher Währung für eintragungsfähig erklärt (KG. 20 S. A 194, 25 S. A 155) und das Bayer. ObLG. 2 S. 803 hat ebenso entschieden, falls die Vereinbarung in dem Sinne zu verstehen sei, daß die Talerstücke ausgeschlossen werden und daß bei einer Umgestaltung der Währung die Goldmünzen zu dem neu bestimmten Werte in Zahlung gegeben werden sollen. Dagegen ist die Eintragungsfähigkeit der Goldklausel verneint, falls die Abrede ausnahmsweise den Sinn haben sollte, daß die Hypothek auch im Falle einer später eintretenden Währungsänderung in den jetzigen Reichsgoldmünzen oder beim Fehlen solcher in anderen Goldmünzen dergestalt gezahlt werden müsse, daß ebenso viel Gold fein zu geben sei, wie der Gläubiger empfangen würde, wenn die Zahlung in Goldstücken der jetzigen Reichswährung erfolgte (RG. und Bayer. ObLG. a. a. O., KG. 21 S. A 322). Den letzteren Entscheidungen ist beizutreten. Die Eintragung der Goldklausel in diesem Falle verstößt zwar nicht, wie das KG. a. a. O. meint, gegen § 28 GBO., denn dieser Vorschrift wird durch die Angabe des Geldbetrags in Reichsmark genügt (RG. a. a. O.); sie erscheint aber aus anderen Gründen unzulässig. Denn durch eine Vereinbarung der fraglichen Art soll die Verpflichtung begründet werden, statt des Geldbetrags der Forderung Goldmünzen von einem bestimmten Feingehalte zu leisten, also eventuell die Differenz zwischen dem Werte dieser Goldmünzen und dem Geldbetrage der Forderung zu bezahlen (vgl. Bulling, Wirksamkeit der Goldklausel 1894). Da nun der Betrag dieser Differenz

zur Zeit der Eintragung nicht feststeht, widerspricht die Eintragung der fraglichen Klausel dem Eintragungsprinzipe (s. RG. a. a. O.). Dieser Grund dürfte aber auch in den zuerst gedachten Fällen dazu führen, die Eintragung der Goldklausel für unzulässig zu erklären. Denn auch in diesen Fällen soll der Eigentümer verpflichtet werden, außer dem Geldbetrage der Forderung das zur Zeit der Eintragung ungewisse Agio zu zahlen, wenn der Kurs der Goldmünzen zur Zeit der Zahlung den der Silbermünzen übersteigen sollte. Die Abrede, daß die Zahlung des Betrags der Hypothekenforderung in Gold erfolgen muß, kann demnach nur durch eine Maximalhypothek gesichert werden (s. Fischer u. Schaefer, ZwVG. S. 114 Vorbm. 1; Perls a. a. O. S. 216ff., 253f.; Merfeld in DJZ. 1904 S. 541, in Gruch. 39 S. 574ff.; a. M. Oertmann in DJZ. 1904 S. 334; Lesse ebd. S. 731; Oberneck I § 123 Nr. 2b S. 709f.; Fuchs S. 397 N. 7β; Turnau-Förster II S. 144). Von dieser Vereinbarung kann nichts anderes gelten als von der Abrede der Rückzahlung eines Darlehens in Pfandbriefen eines Kreditinstituts, und daß diese nur durch eine Maximalhypothek gesichert werden kann, ist allgemein anerkannt. Hiervon macht das BGB. auch für Darlehen der Kreditanstalten keine Ausnahme, da es sich hier nicht um eine Nebenleistung handelt (a. M. Turnau-Förster II S. 315, Willenbücher S. 155 Erl. 7). Nur für landschaftliche und ritterschaftliche Kreditanstalten können die durch das EG. Art. 167 aufrechterhaltenen Landesgesetze etwas anderes bestimmen; in Preußen besteht aber eine solche Ausnahmevorschrift nicht (vgl. RG. 20 S. 220, 38 S. 228; KG. 4 S. 172; v. Brünneck in Gruch. 29 S. 163ff.; Perls a. a. O. S. 225ff., 229ff.; abw. Biermann S. 304, Oberneck I § 123 Nr. 4 S. 716ff.; für Sachsen vgl. Kretzschmar I S. 232). Über die hypothekarischen Darlehen der Hypothekenbanken s. Hypothekenbankgesetz v. 13. Juli 1899 § 14.

Hält man die Eintragung der Goldklausel für zulässig, so kann sie durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden (RG. 50 S. 145; a. M. KG. 20 S. A 194).

6. Unzulässigkeit der Bezugnahme auf Grund von Einzelvorschriften. Die Vorschriften des § 1115 regeln nur die Eintragung der Forderung, welche durch die Hypothek gesichert werden soll, nicht die Eintragung von Modalitäten des dinglichen Rechtes; auf diese kommt nur die Vorschrift des § 874 zur Anwendung. Außerdem schreiben mehrere Sondervorschriften ausdrücklich die Eintragung einzelner besonderer Vereinbarungen vor und schließen die Bezugnahme aus (vgl. bay Dienstanw. v. 27. Febr. 1905 § 435).

Da § 874 die Bezugnahme nur „zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes" gestattet, wird durch eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung die Eintragung einer Belastung der Hypothek, einer Verfügungsbeschränkung des Berechtigten (z. B. einer Bedingung oder Befristung, der Beschränkung durch eine Nachlaßverwaltung oder einen Konkurs, der Beschränkung des Rechtes des Erben durch einen Nacherben oder einen Testamentsvollstrecker rc.), einer Rangänderung oder eines Rangvorbehalts (§§ 880, 881) sowie der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung der Hypothek (§ 1179) nicht ersetzt, auch wenn diese aus der Eintragungsbewilligung erhellen. Denn alle diese bilden besondere Rechtsverhältnisse.

Einzutragen sind ferner die Ausschließung der Erteilung eines Hypothekenbriefs (§ 1116), die Natur der Hypothek als Sicherungshypothek (§ 1184 Abs. 2, Ausnahmen §§ 1187, 1190), die Bestellung eines Vertreters für den jeweiligen Gläubiger bei der Sicherungshypothek für die Forderung aus einem Inhaber- oder Orderpapier (§ 1189, ebenso bei einer Grundschuld für den Inhaber des Briefes, §§ 1192, 1195), schließlich die Klausel, daß sich der Eigentümer in einer nach § 794 Nr. 5 der CPO. aufgenommenen Urkunde in Ansehung der Hypothek (Grundschuld oder Rentenschuld) der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterworfen hat, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll (CPO. § 800). Hinsichtlich des näheren Inhalts dieser Klausel ist jedoch die Bezugnahme zulässig (KG. 28 S. A 262; vgl. über die Fassung der Eintragungsformel noch KG. 23 S. A 232, Rspr. 6 S. 476, 7 S. 354). Die Urkunde muß nach § 794 Nr. 5 von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen (nicht lediglich beglaubigt) und über einen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme errichtet sein; bei einer Maximalhypothek ist die Unterwerfung danach wegen der Unbestimmtheit der geschuldeten Summe unzulässig (RJA. 2 S. 202, Bayer. ObLG. 2 S. 576, KG. 28 S. A 145; s. auch Bayer. ObLG. 4 S. 150, Rspr. 10 S. 86).

Zu diesen materiellrechtlichen Vorschriften kommen dann noch die Ordnungsvorschriften der GBO. §§ 48, 49, nach welchen ein für mehrere gemeinschaftliches Recht unter Angabe der Bruchteile oder des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses eingetragen und bei einem

§. 1116. Ueber die Hypothek wird ein Hypothekenbrief ertheilt.

Die Ertheilung des Briefes kann ausgeschlossen werden. Die Ausschließung kann auch nachträglich erfolgen. Zu der Ausschließung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigenthümers sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des §. 873 Abs. 2 und der §§. 876, 878 finden entsprechende Anwendung.

Die Ausschließung der Ertheilung des Briefes kann aufgehoben werden; die Aufhebung erfolgt in gleicher Weise wie die Ausschließung.

---

mehrere Grundstücke belastenden Rechte auf dem Blatte jedes Grundstücks die Mitbelastung der übrigen von Amtswegen erkennbar gemacht werden soll.

7. Die Bestimmungen des § 1115 finden auf **alle Hypothekenarten** Anwendung. Über die Anwendbarkeit auf **Hypothekenvormerkungen** s. oben S. 122 Erl. 3 zu § 885 und über die entsprechende Anwendung auf **Grundschulden** vgl. Erl. 3 zu § 1192.

§ 1116.

E. I § 1106—1108; II § 1025 rev. § 1100; III § 1099. P. I S. 5249 ff., 6136, 6242, 6247. M. III S. 612 ff., 742 ff. P. II Bd. 3 S. 508, 510 ff., 638 ff.; Bd. 6 S. 205 f. D. S. 669.

Hachenburg, Beiträge S. 44 ff., Vorträge S. 580 ff.; Fischer im Arch. f. Bürg. R. 14 (1898) S. 233 ff.; Jacobi, Wertpapiere (1901) §§ 53 ff. S. 319 ff.; Dennler in Bl. f. RAnw. 1903 S. 153 ff., 177 ff.

1. **Ausschließung der Erteilung des Hypothekenbriefs.** Während der E. I § 1106 von der Buchhypothek als Regel ausging, stellt das BGB. die Briefhypothek als Regel hin (vgl. oben S. 510 Vorbm. 2 c). Jede Hypothek ist eine Briefhypothek, wenn nicht die Erteilung des Briefes gemäß § 1116 Abs. 2 Satz 3 durch Einigung und Eintragung ausgeschlossen ist. Demnach kann auf Grund eines Urteils, durch welches der Eigentümer schlechthin zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek verurteilt worden ist, nur eine Briefhypothek eingetragen werden (KG. 21 S. A 171). Eine Ausnahme gilt nur bei der Sicherungshypothek; bei ihr ist die Erteilung des Briefes kraft Gesetzes ausgeschlossen; die Umwandelung einer Briefhypothek in eine Sicherungshypothek gemäß § 1186 enthält daher ohne weiteres die nachträgliche Ausschließung der Erteilung des Briefes.

Beide Erfordernisse des § 1116 Abs. 2 Satz 3 müssen zusammentreffen, um eine Hypothek zur Buchhypothek zu machen, einerlei ob die Erteilung des Briefes von vornherein bei Bestellung der Hypothek oder nachträglich ausgeschlossen werden soll (abw. in dem ersteren Falle Dernburg III § 213 Anm. 3). Es genügt weder die Einigung allein noch die Eintragung ohne Einigung. Ist die Eintragung des Ausschließungsvermerkes erfolgt, ohne daß Eigentümer und Gläubiger sich über die Ausschließung der Erteilung des Briefes vor der Eintragung geeinigt haben oder nachträglich einigen, so ist die Hypothek trotz des entgegenstehenden Eintragungsvermerkes eine Briefhypothek, sofern sie nicht mangels einer Einigung nichtig ist (s. § 139 und Erl. 2 zu § 1163; Jacobi a. a. O. S. 319 § 53 Anm. 3). Das Grundbuch ist unrichtig und unterliegt dem Berichtigungsverfahren (s. Grohmann im Sächs. Arch. 10 S. 237). Der Gläubiger erwirbt gemäß § 1117 die Hypothek erst mit der Übergabe des Briefes seitens des Eigentümers. Der Ausschließungsvermerk hat aber nach §§ 891 ff. die Vermutung der Richtigkeit für sich und gilt zugunsten eines gutgläubigen Dritten als richtig. Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall, daß die Eintragung der Ausschließung, über die sich der Gläubiger und der Eigentümer geeinigt haben, versehentlich unterblieben ist (vgl. Biermann S. 308 Erl. 3). Bei einer Gesamthypothek muß der dingliche Vertrag von allen Eigentümern der belasteten Grundstücke geschlossen und das Erfordernis der Eintragung bei allen Grundstücken gewahrt werden (M. III S. 743; vgl. Erl. 4 zu § 1132). Außer der Einigung bedarf es zur nachträglichen Ausschließung ferner nach § 876 der Zustimmung des Dritten, dem ein Recht an der Hypothek zusteht, also z. B. des Nießbrauchers, Pfandgläubigers der Hypothek. Dagegen bedarf es nicht der Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten.

Umgekehrt genügen Einigung und Eintragung und die Zustimmung des etwaigen Dritten auch dann, wenn versehentlich trotzdem ein Brief erteilt sein oder — im Falle der nachträglichen Ausschließung — der Brief im Verkehre bleiben sollte. Die Hypothek ist alsdann eine Buchhypothek und der Brief ohne rechtliche Bedeutung. Auch ein gutgläubiger

Erwerber kann sich nicht darauf berufen, daß er die Hypothek auf Grund des Briefes für eine Briefhypothek gehalten habe, da die Ausschließung der Erteilung des Briefes eingetragen ist (§ 892; s. P. II Bd. 3 S. 643, 661 f.).

Über die auf die Einigung anwendbaren Vorschriften des § 873 Abs. 2 und der §§ 876, 878 vgl. des näheren oben S. 82, 85 ff., 95 f., 98 f.; der § 873 Abs. 2 regelt die Formen, welche erforderlich sind, um die Beteiligten an die an sich keiner Form bedürfende Einigung zu binden, § 876 das Erfordernis der Zustimmung des Dritten, dem ein Recht an der Hypothek zusteht, und § 878 erklärt eine Verfügungsbeschränkung für wirkungslos, welche nach der Bindung des Berechtigten und nach Stellung des Eintragungsantrags eintritt.

2. Dieselben Erfordernisse, an die nach dem Gesagten die nachträgliche Ausschließung der Erteilung des Briefes gebunden ist, müssen bei der **nachträglichen Umwandelung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek** gewahrt werden. Auch hier bedarf es also der Einigung und der Eintragung und der Zustimmung des etwaigen Dritten gemäß § 876, und § 873 Abs. 2, § 878 finden gleichfalls Anwendung. Ohne diese Voraussetzungen wird die Buchhypothek nie zur Briefhypothek; nur bei der Umwandelung einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek wird die Buchhypothek in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung und Eintragung ohne weiteres zur Briefhypothek.

Die Einigung muß zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer zur Zeit der Umwandelung zustande kommen. Die dazu erforderliche Erklärung des Eigentümers kann nicht dadurch ersetzt werden, daß der Besteller der Buchhypothek dem Gläubiger das Recht einräumt, jederzeit die Erteilung des Briefes zu verlangen und die Eintragung des dahingehenden Vermerkes im Grundbuch im eigenen Namen zu bewilligen und zu beantragen. Eine solche Vereinbarung hat keine dingliche Wirkung und ist nicht eintragungsfähig (KG. 21 S. A 117). Dagegen ist eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Umwandelung der Buchhypothek in eine Briefhypothek als eines Anspruchs auf Änderung des Inhalts der Hypothek zulässig.

3. Von den im § 1116 aufgestellten materiellrechtlichen Erfordernissen der Ausschließung der Erteilung des Briefes und deren Aufhebung sind, entsprechend der oben S. 74 f. Vorbm. III 4 und V 3 z. 2. Abschn. und S. 87 Erl. III 3 zu § 873 aufgestellten Regel, die **formellrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung** dieser Rechtsänderung verschieden. Wie regelmäßig, braucht auch in diesen Fällen die Einigung der Eintragung nicht vorauszugehen; die Eintragung erfolgt auf Grund der in gehöriger Form (GBO. § 29 Satz 1) erklärten Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird (GBO. § 19). Durch die ursprüngliche Ausschließung wird aber nur das Recht des Eigentümers betroffen, nicht das des Gläubigers, der erst mit der Eintragung der Buchhypothek ein Recht erwirbt. Es bedarf daher zu der ursprünglichen Eintragung der Hypothek als Buchhypothek nur der Bewilligung des Eigentümers, dagegen zu der nachträglichen Umwandelung der Briefhypothek in eine Buchhypothek oder der letzteren in eine Briefhypothek der Bewilligung des Eigentümers, des (gemäß § 40 der GBO. legitimierten) Gläubigers und des etwa an der Hypothek berechtigten Dritten (KG. 20 S. A 97; a. M. z. B. Fischer a. a. O. S. 245). Der gemeinschaftliche Antrag des Eigentümers und des Gläubigers auf nachträgliche Bildung eines Briefes enthält den Antrag und die Bewilligung, die Aufhebung der Ausschließung in das Grundbuch einzutragen (KG. 28 S. A 151). Die nachträgliche Ausschließung der Erteilung des Briefes soll nur eingetragen werden, wenn der Brief oder das ihn für kraftlos erklärende Ausschlußurteil vorgelegt wird; der Brief ist unbrauchbar zu machen (GBO. §§ 42, 69).

4. **Der Inhalt des Hypothekenbriefs und das Verfahren** bei dessen Erteilung sowie seine Behandlung bei Eintragungen, die sich auf die Hypothek beziehen, ist ebenfalls durch die GBO. (§§ 56—70) geregelt. Seinen Zweck, die Verkehrsfähigkeit der Hypothek zu erhöhen, kann der Brief nur erfüllen, wenn er auf den ersten Blick, ohne besondere Prüfung als Hypothekenbrief erkannt werden kann und über die Identität, den Inhalt und den Umfang des verbrieften Rechtes, über dessen Sicherheit und über alle sonstigen für das Recht erheblichen Rechtsverhältnisse ebenso sicher wie das Grundbuch selbst Auskunft gibt. Auf dieser Erwägung beruhen die Vorschriften über Form und Inhalt des Hypothekenbriefs (GBO. §§ 56—59; Achilles-Strecker S. 300 ff.) sowie die Bestimmungen, daß eine Eintragung bei der Briefhypothek grundsätzlich nur erfolgen soll, wenn der Brief vorgelegt wird, und von dem Grundbuchamt auf dem Briefe zu vermerken ist (§§ 42, 62, vgl. § 69; Achilles-Strecker S. 274 ff., 311 f., 319). Diese Bestimmungen sind aber, abgesehen von der Vorschrift des § 56 der GBO. über den wesentlichen Inhalt des Hypothekenbriefs, deren Beobachtung die Eigenschaft der Urkunde als Hypothekenbrief

§. 1117. Der Gläubiger erwirbt, sofern nicht die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, die Hypothek erst, wenn ihm der Brief von dem Eigen-

---

bedingt, nur Ordnungsvorschriften. Insbesondere ist eine Eintragung bei der Hypothek nicht deshalb weniger wirksam, weil sie auf dem Briefe nicht vermerkt ist; bei einem Widerspruche zwischen dem Inhalte des Briefes und des Grundbuchs geht der Inhalt des Buches vor (M. III S. 615 f.; P. II Bd. 3 S. 659 ff.).

5. Die Unterschiede zwischen der Briefhypothek und der Buchhypothek und die Bedeutung des Briefes sind oben S. 510 f. Vorbm. 2c bereits erörtert. Aus ihnen und den vorstehenden Erläuterungen ist die **rechtliche Natur des Hypothekenbriefs** zu entnehmen.

Da der Hypothekenbrief nicht lediglich den Zweck hat, dem Gläubiger einen Beweis für den Bestand des eingetragenen Rechtes in die Hand zu geben, sondern das Hypothekenrecht in einem gewissen Umfange mit dem Briefe verknüpft ist, ist der Hypothekenbrief unstreitig nicht lediglich eine Beweisurkunde. Ob er aber als **Wertpapier** zu bezeichnen ist, ist streitig. Für seine Natur als Wertpapier sprechen die Vorschriften, daß der Gläubiger grundsätzlich erst mit der Übergabe des Briefes seitens des Eigentümers das neu eingetragene Recht erwirbt (§ 1117), daß zu der rechtsgeschäftlichen Übertragung, zu der Belastung und Pfändung der Hypothek die Übergabe des Briefes erforderlich ist (§§ 1154, 1069, 1274; CPO. § 830) und daß der Eigentümer der Geltendmachung der Hypothek widersprechen, eine Kündigung oder eine Mahnung zurückweisen kann, wenn der Gläubiger den Brief nicht vorlegt (§ 1160). Gegen die Annahme, daß der Brief ein Wertpapier sei, führt man die Bedeutung an, welche die Eintragung der Hypothek im Grundbuche für das verbriefte Recht hat. Ohne Eintragung entsteht das Recht nicht; ein Brief über eine nicht eingetragene Hypothek ist ohne rechtliche Bedeutung. Anderseits entsteht das dingliche Recht schon mit der Eintragung; die Ausstellung und die Übergabe des Briefes an den Gläubiger ist nur zum Erwerbe des Rechtes durch diesen, nicht zur Begründung der Briefhypothek erforderlich. Schließlich ist die in Erl. 4 erwähnte Bestimmung von Bedeutung, daß bei einem Widerspruche zwischen dem Inhalte des Grundbuchs und dem des Briefes der erstere vorgeht, der gutgläubige Erwerber sich also Einwendungen gefallen lassen muß, die nicht aus dem Papier erhellen.

Die allgemeine Frage, wie vom theoretischen Standpunkt aus der Begriff der Wertpapiere am richtigsten bestimmt wird, ist hier nicht zu erörtern. Es kommt hier nur darauf an, in welchem Sinne das BGB. den Ausdruck „Wertpapiere" gebraucht. In dieser Beziehung dürfte der § 1819 entscheidend sein. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die nach §§ 1814, 1818 hinterlegten Wertpapiere und Kostbarkeiten und rechnet dazu die Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe. Da die Briefhypothek stets nur für einen bestimmten Gläubiger eingetragen werden und nicht durch Indossament übertragen werden kann, bildet der Brief ein Namens- und Rektapapier. Für die Auffassung des Briefes als Wertpapier z. B. Jacobi a. a. O. S. 23, Biermann S. 307, Cosack II § 224, Bähr (Krit. VJSchr. 1888 Bd. 30 S. 525), Dernburg III § 212, Fischer a. a. O. S. 328, Gierke, Deutsches Privatr. II § 161 Ziff. II S. 889. A. M. Hachenburg, Vorträge S. 593, Endemann II § 118, Fuchs S. 400, Predari S. 241, Staudinger III S. 386 f.

Infolge seiner Abhängigkeit von der Hypothek kann der Hypothekenbrief nur im Eigentume des jeweiligen Gläubigers der Hypothekenforderung stehen (§ 952 Abs. 2) und nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechte, z. B. eines Pfandrechts sein (RG. in Seuff. A. 58 Nr. 77, JW. 1904 S. 555; RG. in Seuff. A. 59 Nr. 159).

6. Der § 1116 gilt, wie erwähnt (Erl. 1), nicht für **Sicherungshypotheken**, wohl aber für **Grundschulden und Rentenschulden.**

7. **Ein zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsgrundbuchrechts bestehendes Pfandrecht** gilt nach Art. 192 des EG. als Buchhypothek des BGB., sofern nicht die Landesgesetze auf Grund des Art. 192 die Hypothek für eine Briefhypothek und die darüber erteilte Urkunde für einen Hypothekenbrief im Sinne des BGB. erklären (vgl. Bd. VI S. 382 f. Vorbm. 2, 3 vor Art. 192, S. 388 f. Erl. 7 zu Art. 192 und S. 392 f. Erl. zu Art. 193).

§ 1117.

E. I § 1110; II § 1026 rev. § 1101; III § 1100. P. I S. 5269, 5273 ff., 6263, 6296; M. III S. 746 f. P. II Bd. 3 S. 646, 729. D. S. 670.

1. **Voraussetzung des Erwerbes der Briefhypothek durch den Gläubiger.** Die dingliche Belastung des Grundstücks tritt bei einer jeden Art der Hypothek oder Grundschuld mit der

thümer des Grundstücks übergeben wird. Auf die Uebergabe finden die Vorschriften des §. 929 Satz 2 und der §§. 930, 931 Anwendung.

Die Uebergabe des Briefes kann durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen.

Ist der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermuthet, daß die Uebergabe erfolgt sei.

Einigung und der Eintragung ein. Damit die Belastung eine Hypothek bildet und von dem eingetragenen Gläubiger erworben wird, ist ferner sowohl bei der Buchhypothek als auch bei der Briefhypothek die Entstehung der Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, erforderlich (§ 1163 Abs. 1 Satz 1; vgl. oben S. 508 Vorbm. 2a). Außer diesen Voraussetzungen ist noch eine weitere zum Erwerbe der Briefhypothek (und der Briefgrundschuld) durch den Gläubiger aufgestellt, nämlich die Übergabe des Briefes seitens des Eigentümers an den Gläubiger oder die Vereinbarung, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Bis zu dem Eintritte dieser weiteren Voraussetzung steht die Hypothek als Grundschuld dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 2, § 1177).

Durch diese Vorschrift wird der oben S. 511 Vorbm. 2c erwähnte mit dem Institute der Briefhypothek verfolgte Zweck erreicht, bei der Bestellung der Hypothek für ein Darlehen zu ermöglichen, daß die Hingabe des Darlehens und der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger Zug um Zug erfolgen (P. II Bd. 3 S. 729). Außerdem wird hierdurch das Gläubigerrecht in der gleichen Weise mit dem Briefe verknüpft, wie durch § 1154 im Falle der Abtretung der Hypothek.

2. Nach § 1117 Abs. 1 ist **die Übergabe des Briefes** durch den Eigentümer an den Gläubiger erforderlich. Die einseitige Besitzergreifung seitens des letzteren oder die ohne Zustimmung des Eigentümers erfolgende Aushändigung des Briefes an ihn durch das Grundbuchamt genügen also nicht, wenn nicht die im Abs. 2 erwähnte Vereinbarung getroffen ist. Erst durch nachträgliche Einigung zwischen dem Eigentümer und dem im Besitze des Briefes befindlichen Gläubiger erwirbt in diesen Fällen auf Grund des § 929 Satz 2 der letztere die Hypothek. Dagegen steht die seitens des Grundbuchamts erfolgte Aushändigung des Briefes an den Gläubiger auf einseitige Bewilligung des Eigentümers der Übergabe gleich. Der Besitz des Briefes begründet aber nach Abs. 3 die Vermutung, daß die Übergabe erfolgt sei; der Gläubiger braucht also nicht den Beweis für die Übergabe zu führen, sondern dem Eigentümer liegt der Gegenbeweis ob, daß der Brief wider seinen Willen in den Besitz des Gläubigers gelangt ist. Gelingt dem Eigentümer dieser Beweis, steht aber dem Gläubiger ein persönlicher Anspruch auf Herausgabe des Briefes zu, so erlangt der Gläubiger die Hypothek nicht dadurch, daß er auf Grund dieses Gegenrechts die Abweisung der dinglichen Klage des Eigentümers auf Herausgabe des Briefes erwirkt, da hierdurch die Übergabe nicht ersetzt wird, vielmehr muß er im Wege der Klage oder der Widerklage die Verurteilung des Eigentümers zu der zur Einigung (§ 929 Satz 2) erforderlichen Erklärung erwirken (CPO. § 894).

Die Art der Übergabe richtet sich nach den Vorschriften der §§ 929—931 (oben S. 220ff). Außer der bloßen Einigung, falls der Gläubiger bereits im Besitz ist, genügt auch Besitzkonstitut, wenn ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Gläubiger den mittelbaren Besitz erlangt, der Eigentümer aber den unmittelbaren Besitz behält, sowie die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den im Besitze befindlichen Dritten. Sind auf der Eigentümerseite mehrere Personen, sei es daß das Eigentum an dem belasteten Grundstücke mehreren Personen nach Bruchteilen zusteht oder daß die Hypothek auf mehreren Grundstücken verschiedener Eigentümer als Gesamthypothek eingetragen ist, so muß der Hypothekenbrief dem Gläubiger von sämtlichen Eigentümern übergeben oder, wenn der Gläubiger bereits im Besitze des Briefes ist, die Einigung von sämtlichen Eigentümern mit dem Gläubiger getroffen werden (RG. 52 S. 360). Formen für die Einigung und die Abtretung des Herausgabeanspruchs sind nicht vorgeschrieben. Die Übergabe des Briefes gilt auch als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher auf Grund eines den Eigentümer zur Bestellung der Hypothek oder zur Herausgabe des Briefes verurteilenden Erkenntnisses den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt (CPO. §§ 883, 897).

Mit der Vorschrift des § 1117 steht die Bestimmung der GBO. § 60 im Einklange, nach welcher der Hypothekenbrief über eine neu eingetragene Hypothek dem Eigentümer aus-

zuhändigen ist, sofern nicht dieser zu Protokoll des Grundbuchamts oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde etwas anderes bestimmt. Dagegen erfolgt im Falle der nachträglichen Erteilung des Briefes, also bei einer Umwandelung der Buchhypothek in eine Briefhypothek die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger, da dieser die Hypothek bereits erworben hat, es sei denn, daß der Gläubiger in gleicher Form eine abweichende Bestimmung getroffen hat (vgl. Achilles-Strecker S. 308).

3. Die Vorschrift des Abs. 2, daß die Übergabe des Briefes durch die **Vereinbarung** ersetzt wird, **daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen,** bezweckt, die Verzögerung des Erwerbes der Hypothek durch eine Verzögerung der Ausfertigung des Briefes zu vermeiden (P. II Bd. 3 S. 729). Ist diese Vereinbarung schon vor der Eintragung der Hypothek getroffen, so erwirbt der Gläubiger, das Bestehen seiner Forderung vorausgesetzt, schon mit der Eintragung die Hypothek (RG. 25 S. A 153); erfolgt sie später, so geht die Hypothek mit der Vereinbarung auf ihn über, wenn auch der Brief ihm noch nicht übergeben ist. Diese Wirkung kommt der Vereinbarung selbst dann zu, wenn der Brief später von dem Grundbuchamte dem Eigentümer ausgehändigt oder versehentlich überhaupt nicht erteilt wird (a. M. Seuff. A. 57 Nr. 78, Turnau-Förster I S. 615f. Erl. 3). Eine Form ist für diese Vereinbarung nicht vorgeschrieben; auch die Gebundenheit der Beteiligten ist nicht von der Beobachtung einer Form abhängig gemacht. Dagegen ist das Grundbuchamt auf Grund einer formlosen Erklärung des Eigentümers oder des formlosen Einigungsnachweises nicht befugt, den Brief dem Gläubiger auszuhändigen (vgl. Erl. 2 a. E. und Martinius in Gruch. 44 S. 386ff.), wie auch umgekehrt eine einseitige Anweisung gemäß § 60 Abs. 2 GBO. die Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 nicht ersetzt (RG. a. a. O.). Demnach kann es vorkommen, daß, trotzdem der Gläubiger die Briefhypothek bereits erworben hat, der Brief dem Eigentümer auszuhändigen ist. Deshalb genügt zum Beweise, daß die Briefhypothek noch dem Eigentümer zustehe, dem Grundbuchamte gegenüber nicht der Nachweis, daß der Brief von dem Grundbuchamte noch nicht behändigt oder von dem Eigentümer dem Gläubiger noch nicht übergeben ist, sondern es muß auch das Fehlen einer Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 feststehen. Der Eigentümer oder derjenige, an welchen dieser die angebliche Eigentümerhypothek abgetreten hat, wird daher die Berichtigung des Grundbuchs trotz der Vorschrift des § 22 der GBO. nur auf Grund einer in öffentlicher oder in öffentlich beglaubigter Form abzugebenden Erklärung des eingetragenen Gläubigers, daß ihm der Brief von dem Eigentümer nicht übergeben und die obige Vereinbarung nicht getroffen sei, oder auf Grund dessen rechtskräftiger Verurteilung zu deren Abgabe erwirken können (vgl. RG. 22 S. A 309; Martinius a. a. O. S. 385f.). Zur Abgabe dieser Erklärung ist der Gläubiger auf Grund des § 894 (oben S. 143) verpflichtet. In dem Rechtsstreite, den der Eigentümer gegen den Gläubiger auf Abgabe dieser Erklärung erhebt, oder in einem sonstigen Rechtsstreite zwischen diesen Parteien über den Erwerb des Hypothekenrechts durch den Gläubiger hat nicht der Eigentümer zu behaupten und zu beweisen, daß er den Brief dem Gläubiger nicht übergeben und die obige Vereinbarung nicht getroffen habe, sondern es ist Sache des Gläubigers, den Nachweis der Erwerbung des Hypothekenrechts zu erbringen, es sei denn, daß der Brief sich im Besitze des Gläubigers befindet (§ 1117 Abs. 3).

Durch eine Verurteilung des Eigentümers zur Bestellung der Hypothek wird weder die Vereinbarung noch die im § 60 der GBO. erwähnte abweichende Bestimmung des Eigentümers über die Aushändigung des Briefes ersetzt; vielmehr bedarf es außerdem der Verurteilung des Eigentümers zur Bewilligung der Aushändigung des Briefes an den Gläubiger, damit das Grundbuchamt den Brief unmittelbar dem Gläubiger behändigen kann und die Hypothek schon mit der Eintragung, nicht erst mit der Übergabe des Briefes seitens des Gläubigers oder der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher erwirbt (RG. 21 S. A 171; a. M. Kretzschmar I S. 241).

4. Wird die in Erl. 3 besprochene Vereinbarung nicht getroffen, so ist die **Briefhypothek zunächst eine Eigentümergrundschuld** (abw. Kretzschmar I S. 264f.). Der Gläubiger einer Briefhypothek kann also sein Gläubigerrecht nicht gemäß § 891 durch Berufung auf seine Eintragung beweisen, erst wenn der Besitz des Briefes hinzukommt, streitet die Vermutung für sein Recht (§ 1117 Abs. 3); andernfalls muß er, wie erwähnt, den Nachweis erbringen, daß er, trotzdem er den Brief nicht besitzt, Hypothekengläubiger geworden ist, sei es durch Übergabe, sei es durch die in Erl. 3 erwähnte Vereinbarung (abw. RG. 22 S. A 309, Oberneck I § 44 Ziff. 3 S. 293, Biermann S. 76 Erl. 2a zu § 891, Turnau-Förster I S. 197 Erl. 3 zu § 891, welche den § 891 auch hier für anwendbar erklären und auf den Schutz des § 1160 verweisen). Auch das Eigentum an dem Briefe erwirbt er, trotzdem dieser ihn als Gläubiger nennt, erst mit der

§. 1118. Kraft der Hypothek haftet das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung sowie für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung.

Übergabe, da bis dahin die Hypothek und infolgedessen nach § 952 auch das Eigentum an dem Briefe dem Eigentümer zusteht. Hieran ändert sich auch nichts, wenn der Gläubiger dem Eigentümer die Valuta bereits ausgezahlt hat; dies begründet nur einen persönlichen Anspruch gegen den Eigentümer auf Übergabe des Briefes (vgl. Jacobi, Wertpapiere S. 322 § 54 Anm 3; abw. Bendix in Bl. f. RAnw. 1902 S. 535 ff.). Infolgedessen hat der Gläubiger vorher auch im Konkurse des Eigentümers keinen Aussonderungsanspruch hinsichtlich des Briefes und kein Absonderungsrecht für seine Forderung, sofern nicht der Anspruch des Gläubigers auf Bestellung der Hypothek durch eine Vormerkung gesichert ist (KO. § 24). Letztere gewährt das Absonderungsrecht, ohne daß dem Gläubiger darüber eine Urkunde erteilt wird, und dieses Absonderungsrecht bleibt bestehen, wenn nachher die Vormerkung in eine Briefhypothek umgeschrieben wird, auch wenn der Brief noch nicht übergeben ist. Mit dem Kammergerichte (Rspr. 7 S. 367) wird man übrigens eine Vormerkung zugunsten des Gläubigers selbst dann noch zulassen müssen, wenn er bereits als solcher eingetragen ist, die Hypothek jedoch auf Grund des § 1117 noch nicht erworben hat, da ihm zurzeit nur ein persönlicher Anspruch auf Verschaffung der Hypothek zusteht (a. M. Bendix in Gruch. 49 S. 297).

Das mangelnde Recht des Gläubigers kann aber einem gutgläubigen Rechtsnachfolger desselben nicht entgegengehalten werden. Da jedoch zur Abtretung der Hypothek nach § 1154 die Übergabe des Briefes erforderlich ist, kann dieser Fall nur praktisch werden, wenn der Gläubiger auf andere Weise als durch Übergabe in den Besitz des Briefes gelangt ist. Gegen diese Gefahr kann sich der Eigentümer durch die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 schützen (vgl. § 42 Abs. 1 Satz 2 der GBO.).

Der Eigentümer kann über die Eigentümergrundschuld gemäß § 1154 durch Abtretungserklärung und Übergabe des Briefes zugunsten eines Dritten verfügen; soll sie in den Händen des dritten Erwerbers als Hypothek bestehen, so bedarf es der Erklärung, daß sie in eine Hypothek zur Sicherung der näher zu bezeichnenden Forderung umgewandelt werde (vgl. Rspr. 3 S. 362 und Erl. 3cβ zu § 1177), während sie auf den eingetragenen Gläubiger mit der nachträglichen Übergabe des Briefes oder der nachträglichen Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 ohne weiteres als Hypothek übergeht (vgl. hierzu Erl. 4c zu § 1177, Bruck, Eigentümerhypothek S. 184). Zu Verfügungen vor dem Grundbuchamte bedarf der Eigentümer des gehörigen Nachweises seines Rechts, wie in Erl. 3 bereits erwähnt, und auch ein späterer Erwerber des Grundstücks kann von ihm oder seinen Rechtsnachfolger auf Grund des § 1160, § 1155 Satz 2 bei Geltendmachung der Hypothek, bei einer Kündigung oder Mahnung die Vorlage eines öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses des eingetragenen Hypothekengläubigers fordern, daß die Hypothek mangels Aushändigung des Briefes nicht von ihm erworben, sondern Eigentümergrundschuld geblieben ist.

5. Wie § 1116, gilt auch § 1117 nicht nur für die Briefhypotheken, sondern auch für die **Briefgrundschulden und Briefrentenschulden**, ausgenommen sind jedoch die Grundschulden für den Inhaber des Briefes (§ 1195), da auf die Inhabergrundschuldbriefe die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung finden (s. Erl. 3 zu § 1195).

§ 1118.

E. I § 1066; II § 1027 rev. § 1102; III § 1101. M. I S. 5007 f., 5053 ff., 5073 ff.; M. III S. 647 ff. P. II Bd. 3 S. 549.

1. **Gesetzliche Zinsen.** Abweichend von dem preuß. Eig.Erw.Ges. v. 5. Mai 1872 § 30, aber in Übereinstimmung mit dem früheren Rechte anderer Bundesstaaten (vgl. M. III S. 647) erstreckt das BGB. die Haftung des Grundstücks auf die gesetzlichen Zinsen der gesicherten Forderung, ohne daß es deren Eintragung bedarf, während das Grundstück für die rechtsgeschäftlichen Zinsen nur haftet, wenn der Zinssatz eingetragen ist (§ 1115, oben S. 530). Durch diese Bestimmung wird das Eintragungs- und das Spezialitätsprinzip durchbrochen. In den Motiven a. a. O. wird die Ausnahme damit gerechtfertigt, daß die Verpflichtung zur Verzinsung oder die Möglichkeit ihres Eintritts sich aus der Beschaffenheit der Forderung und den Zahlungsbedingungen ergebe und daher durch deren Angabe aus dem Grundbuch ersichtlich sei sowie daß es der Absicht

der Beteiligten regelmäßig entsprechen werde, daß die dem Gläubiger zu gewährende Sicherheit sich auf die gesetzlichen Zinsen erstrecke, da diese eine gesetzliche Erweiterung der Forderung bilden und ohne sie der Gläubiger keine volle Sicherheit für die Befriedigung seines Anspruchs haben würde.

Als gesetzliche Zinsen kommen vor allem die Verzugszinsen (§§ 288, 289, vgl. § 1146) in Betracht. Weitere Fälle ergeben sich z. B. aus § 291 (Prozeßzinsen, s. Erl. 2 zu § 1146), § 452 (Verzinsung des Kaufpreises), § 641 Abs. 2 (Vergütung beim Werkvertrag), §§ 668, 675, 698, 1834 (eigennützige Verwendung fremden Geldes durch einen Beauftragten, Verwahrer, Vormund ꝛc.). Vgl. Bd. II S. 17 Erl. 2 § 246 und über die Höhe der Zinsen §§ 246, 247 sowie HGB. § 352.

Über die Maximalhypothek ist die Sondervorschrift des § 1190 Abs. 2 zu vergleichen.

2. Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. Aus denselben Gründen, welche die Ausnahmebestimmung für die gesetzlichen Zinsen veranlaßt haben, und in Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte vieler Bundesstaaten (M. III S. 648) läßt das Gesetz das Grundstück auch für gewisse Kosten haften, ohne daß es ihrer Eintragung bedarf. Um aber das Spezialitätsprinzip nicht mehr als unbedingt nötig abzuschwächen, beschränkt es diese Ausnahmebestimmung auf die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung und stellt (anders als z. B. das preuß. Eig.Erw.Ges. § 30) diesen insbesondere die Eintragungskosten nicht gleich; nur bei der Zwangs- und Arresthypothek haftet das Grundstück auch „für die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten der Eintragung" (CPO. § 867 Abs. 1 Satz 3, § 932).

Unter den Kündigungskosten sind nur die Kosten derjenigen Kündigung zu verstehen, welche zur Geltendmachung der Hypothek erforderlich ist, also die Kündigung an den Eigentümer, nicht die an den hiervon verschiedenen persönlichen Schuldner (s. § 1141 nebst Erl.). Ebenso gehören nicht hierher die Kosten eines Rechtsstreits oder einer Zwangsvollstreckung, welche nicht die Befriedigung aus dem Grundstücke bezwecken, sondern gegen den von dem Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner gerichtet sind, und die Kosten einer Zwangsvollstreckung in das sonstige Vermögen des auch persönlich haftenden Eigentümers. Auch die Kosten eines Prozesses, in welchem gegen den Eigentümer, der zugleich der persönliche Schuldner ist, lediglich der persönliche Anspruch geltend gemacht wird, fallen nicht unter die Vorschrift des § 1118. Der Gläubiger kann zwar, wenn der Beklagte verurteilt wird, die Zwangsvollstreckung auch in das Grundstück betreiben. Den Gegenstand des Prozesses bildet aber nur der persönliche Anspruch und die Kosten können daher nicht als Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung betrachtet werden. Betreibt aber der Gläubiger auf Grund der vollstreckbaren persönlichen Forderung die Zwangsvollstreckung in das Grundstück, so sind die Zwangsvollstreckungskosten hierher zu rechnen. Wird der persönliche Anspruch mit dem dinglichen Anspruch in derselben Klage geltend gemacht, so fallen die Kosten des Prozesses unter § 1118, soweit nicht durch die Geltendmachung des persönlichen Anspruchs besondere Kosten entstanden sind (vgl. M. III S. 650; RG. 1 S. 105).

Über die (zu bejahende) Frage, ob die Kosten, die dem Hypothekengläubiger durch seine Teilnahme an der von einem anderen Gläubiger betriebenen Zwangsversteigerung erwachsen, unter den § 1118 fallen, s. Schönfeld im Recht 1902 S. 232.

In welcher Höhe die Kosten aus dem Grundstücke beigetrieben werden können, richtet sich für die Prozeß- und Zwangsvollstreckungskosten nach §§ 91, 788 der CPO. Das hier ausgesprochene Prinzip, daß nur die notwendigen Kosten dem Gläubiger zu erstatten sind, ist auch für die Kosten der Kündigung zur Anwendung zu bringen. Insbesondere haftet das Grundstück auch für die Kosten, welche durch die Vertretung durch einen Rechtsanwalt außerhalb des Rechtsstreits entstehen, nur dann, wenn die Vertretung notwendig war (vgl. RG. 22 S. 322).

Für andere als die im § 1118 genannten Kosten kommt die Regel des § 1115 zur Anwendung (vgl. oben S. 531 Erl. 4b zu § 1115).

3. Für die gesetzlichen Zinsen und die im § 1118 aufgeführten Kosten haftet das Grundstück **kraft der Hypothek**, d. h. kraft Gesetzes oder, wie es im E. I § 1066 hieß, auch ohne besondere Bewilligung und Eintragung. Da die Eintragung nicht erforderlich ist, so ist sie nach dem Grundsatze, daß überflüssige Eintragungen zu vermeiden sind, auch nicht gestattet (KG. 20 S. A 203; RJA. 2 S. 246; bayer. Dienstanweisung v. 27. Febr. 1905 § 410 Abs. IV, V; vgl. Grohmann im Sächs. Arch. 11 S. 299, Schmitt in Z. f. RPfl. in Bayern 1905 S. 269).

§. 1119. Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann die Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet.

Zu einer Aenderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts ist die Zustimmung dieser Berechtigten gleichfalls nicht erforderlich.

---

4. Der § 1118 findet auf **alle Arten der Hypotheken, der Grundschulden und der Rentenschulden** Anwendung; für **Maximalhypotheken** enthält § 1190 Abs. 2 eine Sondervorschrift.

5. Über die Anwendbarkeit der in § 1118 enthaltenen Neuerungen gegenüber dem bisherigen Rechte auf **die zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsgrundbuchrechts bestehenden Hypotheken** vgl. Bd. VI S. 389 Erl. 8a zu Art. 192.

§ 1119.

E. I § 1065; II § 1028 rev. § 1103; III § 1102. P. I S. 5001 ff., 6240, 6245, 11974; M. III S. 646 f. P. II Bd. 3 S. 548, 782 f.; Bd. 4 S. 602.

1. **Eine Veränderung in den Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen** der Hypothekenforderung bildet in einigen Fällen (z. B. bei einer Zinsherabsetzung, vgl. RG. 39 S. 208) eine teilweise Aufhebung des dinglichen Rechtes, welche nach §§ 875, 876 (oben S. 92 ff.) der Aufgabeerklärung des Hypothekengläubigers, der Zustimmung des etwaigen dritten Berechtigten und der Teillöschung im Grundbuche sowie nach § 1183 der Zustimmung des Eigentümers bedarf; regelmäßig stellt sie aber eine Änderung des Inhalts des dinglichen Rechtes dar und erfordert nach § 877 (oben S. 97) die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger, die Zustimmung des Dritten, dem ein Recht an der Hypothek zusteht, und die Eintragung der Inhaltsänderung in das Grundbuch (a. M. OLG. Dresden, CBl. f. FG. 5 S. 713, welches die Eintragung nur zum Schutze gegen den öffentlichen Glauben des Grundbuchs für erforderlich hält). Stellt sich die Änderung als eine Erweiterung der Belastung des Grundstücks und somit als eine Schmälerung des Rechtes der gleich- oder nachstehenden Berechtigten dar, so haben auch diese zuzustimmen, damit die Inhaltsänderung mit dem Range des geänderten Rechtes eingetragen werden kann; fehlt ihre Zustimmung, so würde die Erweiterung nur den Rang hinter den zur Zeit ihrer Eintragung bestehenden Rechten erhalten. Zu der Zustimmung der gleich- und nachstehenden Hypothekengläubiger bedarf es nicht etwa wieder der Zustimmung des Eigentümers auf Grund des § 880 Abs. 2 Satz 2, diese ist vielmehr in der Bewilligung der Erweiterung des Hypothekenrechts enthalten (KG. 26 S. A 140).

Von dem Erfordernisse der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten macht § 1119 für einige Inhaltsänderungen eine Ausnahme. Diese Vorschrift beruht, soweit sie die Zinsen betrifft, auf der Erwägung, daß durch die nachträgliche Eintragung der Verzinsung oder der Erhöhung des Zinssatzes die Kündigung unverzinslicher oder nur gering verzinslicher Hypothekenforderungen verhütet wird (vgl. M. III S. 646 f., KG. 28 S. A 258), während die Vorschrift des Abs. 2 lediglich Zweifel abschneiden will (P. II Bd. 4 S. 602). Dagegen finden die Vorschriften des § 877 auch auf diese Änderungen Anwendung, insbesondere ist von dem Erfordernisse der Zustimmung des an der Hypothek berechtigten Dritten für den Fall der Änderung von Zahlungszeit und Zahlungsort keine Ausnahme gemacht (a. M. in dem letzten Punkte Fuchs S. 407 Erl. 6).

2. **Die formellrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung** der im § 1119 genannten Inhaltsänderungen in das Grundbuch bilden regelmäßig die Bewilligung des Gläubigers, des Eigentümers und des etwaigen Drittberechtigten, der Antrag eines von ihnen und bei Briefhypotheken die Vorlage des Briefes (GBO. §§ 13, 19, 42); auf letzterem ist, wie jede bei der Hypothek erfolgende Eintragung, auch diese zu vermerken (GBO. § 62). Die Bewilligung des Gläubigers und des etwaigen Drittberechtigten ist jedoch nicht erforderlich, wenn durch die Änderung das Hypothekenrecht lediglich erweitert wird, wie z. B. bei einer Zinserhöhung; Passivbeteiligter ist alsdann nur der Eigentümer (s. Boehm im Recht 1905 S. 75, KG. 29 S. A 176). In der Eintragungsbewilligung braucht eine Erklärung über den Rang der Erweiterung des Hypothekenrechts nicht abgegeben zu werden; dieser kommt begrifflich der Rang des geänderten Rechtes selbst zu (KG. 26 S. A 140).

In der Eintragung ist zum Ausdrucke zu bringen, daß es sich nur um eine Änderung der eingetragenen Hypothek handelt; demnach wird die Erhöhung des Zinsfußes nicht in der lediglich für neu einzutragende dingliche Rechte, sondern in der für Veränderungen bestimmten Spalte des Grundbuchblatts gebucht werden müssen (vgl. z. B. preuß. Allg. Verf. v. 20. November 1899 z. Ausf. der GBO. § 12 Abs. 2; KG. a. a. O.). Indessen ist eine Eintragung an unrichtiger Stelle für die Wirksamkeit der Eintragung ohne Bedeutung.

3. Das in Erl. 2 Gesagte gilt auch für eine **Erhöhung des Zinssatzes über 5%**; nur muß bei dieser die Bewilligung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten hinzukommen, um dem 5% übersteigenden Zinsbetrage den Rang der Hypothek zu verschaffen, es sei denn, daß durch die Zinserhöhung die Belastung nicht erweitert wird, weil z. B. die Zinsen die Höhe der bisher zu entrichtenden Nebenleistungen, an deren Stelle sie treten, nicht übersteigen (KG. 24 S. A 130). Aber auch wenn deren Zustimmung fehlt und dem höheren Zinsbetrag ein schlechterer Rang, als der Hypothek selbst, zusteht, handelt es sich doch immer nur um eine Veränderung, nicht um eine neue Hypothek. Die Eintragung als solche ist daher vorschriftswidrig und die Erteilung eines neuen Hypothekenbriefs ist unzulässig (Rspr. 1 S. 481; KG. 26 S. A 142, 290; a. M. hinsichtlich des Ortes der Eintragung Fuchs S. 407 Erl. 3 und Turnau-Förster I S. 622 Erl. 3).

4. Dagegen ist ein **kapitalisierter Zinsrückstand** als neue Hypothek einzutragen. Vgl. Turnau-Förster I S. 622 Erl. 4 und KG. 12 S. 117.

5. Der § 1119 gilt für **alle Arten der Hypotheken, für die Grundschulden und die Rentenschulden.** Über seine Anwendbarkeit auf Maximalhypotheken ist Erl. 4 zu § 1186 zu vergleichen.

6. **Übergangsbestimmungen.** Die Vorschrift des § 1119 kommt nach EG. Art. 192 ohne Rücksicht auf die Zeit der Eintragung der Hypotheken und der gleich- und nachstehenden Rechte zur Anwendung. Die Unterscheidungen, welche nach dem früheren preußischen Rechte (Achilles 4. Aufl. S. 166f.) zu machen waren, kommen jetzt nicht mehr in Betracht. Dies gilt aber nur für die nach dem Inkrafttreten des Reichsgrundbuchrechts vorgenommenen Änderungen, nicht für die früheren; der Rang der früher erhöhten Zinsen bleibt also unberührt Den früher bis zu 5% erhöhten Zinsen kann auch nicht durch Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer ohne Zustimmung der Realberechtigten, denen nach dem bisherigen Rechte wegen Mangel ihrer Zustimmung der Vorrang zustand, der Rang des Kapitals verschafft werden (a. M. Fuchs S. 407 Erl. 7). Jene können aber den gleichen Erfolg erzielen, indem sie die frühere Zinserhöhung aufheben und nunmehr auf Grund der Vorschrift des § 1119 die Zinsen von neuem erhöhen.

§§ 1120—1131.

Hachenburg, Beiträge S. 60—83. (Die Hachenburgs Darstellung zugrunde liegenden Bestimmungen des E. II weichen von den §§ 1121, 1122, 1127, 1128 BGB. ab.)

1. **Die §§ 1120—1131 regeln den Gegenstand der Hypothek.** Nach § 1113 können nur Grundstücke und die diesen gleichgestellten Berechtigungen mit Hypotheken belastet werden (vgl. oben S. 522 Erl. 3 zu § 1113). Mit dem Grundstücke haften dessen Bestandteile, auch wenn sie erst nach der Hypothekbestellung diese Eigenschaft erhalten; auf nicht wesentliche Bestandteile erstreckt sich die Haftung aber dann nicht, wenn im einzelnen Falle besondere Rechte entgegenstehen, insbesondere wenn der Eigentümer des Grundstücks nicht berechtigt ist, über sie zu verfügen. Dies folgt ohne weiteres aus der rechtlichen Bedeutung der Bestandteilseigenschaft (vgl. Bd. I S. 163f. Erl. 1 zu § 93) und bedurfte keiner besonderen Bestimmung (M. III S. 650, 653). Auch nach der Trennung der Bestandteile von dem Grundstücke bleiben die an diesem bestehenden dinglichen Rechte, die sich auf jene erstreckten, bestehen, soweit nicht das Gesetz Ausnahmebestimmungen trifft (vgl. S. 260 Erl. zu § 953). Diese Ausnahmevorschriften enthält für die getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile § 1120. Andererseits wird durch die §§ 1120—1131 die Haftung für die Hypothek über das Grundstück und dessen Bestandteile, über den rechtlichen Bestand des Grundstücks hinaus erweitert und das Grundstück „auch in seinem die Sicherheit beeinflussenden wirtschaftlichen Bestande dem dinglichen Rechte des Gläubigers unterworfen“ (M. III S. 651), indem die Hypothek auf Zubehörstücke (§§ 1120—1122), auf Miet- und Pachtzinsforderungen aus den über das Grundstück abgeschlossenen Miet- und Pachtverträgen (§§ 1123—1125), auf Ansprüche auf die einzelnen wiederkehrenden Leistungen aus den mit dem belasteten Grundstücke verbundenen subjektiv dinglichen Rechten (§ 1126) und auf Forderungen aus einer Versicherung der der Hypothek unterliegenden Gegenstände (§§ 1127—1130)

erstreckt wird. Im Anschlusse hieran regelt § 1131 die Haftung der dem belasteten Grundstück als Bestandteile zugeschriebenen Grundstücke.

Diese Gegenstände haften für die Hypothek kraft Gesetzes; eine entgegenstehende Vereinbarung hat keine dingliche Wirkung (s. Müller in Bl. f. RAnw. 1901 S. 8).

2. Beschränkung der Mithaft der beweglichen Gegenstände. Während das Grundstück selbst und die ihm zugeschriebenen unbeweglichen Bestandteile regelmäßig nur mit Zustimmung des Gläubigers aus der Mithaft für die Hypothek ausscheiden, ist die Haftung der angeführten beweglichen Gegenstände, insbesondere auch der getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, eine zeitlich beschränkte. Um das Interesse des Eigentümers dieser Gegenstände an der pfandfreien Verfügung über dieselben zu wahren und eine ordentliche Wirtschaftsführung zu ermöglichen sowie auch um den Mobiliarverkehr nicht zu sehr zu schädigen, sind Bestimmungen getroffen, welche die Verfügungsbefugnis des Eigentümers und das Ausscheiden dieser Gegenstände aus der Mithaft ohne Zustimmung des Gläubigers regeln. Der Gläubiger muß daher rechtzeitig sein Hypothekenrecht geltend machen und die Beschlagnahme der mithaftenden beweglichen Gegenstände erwirken, bevor deren Haftung erloschen ist (vgl. M. III S. 661, Rspr. 3 S. 337 und §§ 1121, 1122, § 1123 Abs. 2, §§ 1124—1126, § 1127 Abs. 2, §§ 1128—1130).

3. Der Hypothekengläubiger verwirklicht sein dingliches Recht durch Beschlagnahme und zwar entweder durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung des Grundstücks oder durch Pfändung der mithaftenden beweglichen Gegenstände nach den Mobiliarzwangsvollstreckungsvorschriften der CPO. (abw. in dem letzteren Punkte Fuchs S. 417 f., S. 422, der im Gegensatze zu der herrschenden Meinung in der Pfändung keine Beschlagnahme im Sinne der §§ 1121 ff. sieht, weil sie kein Veräußerungsverbot enthalte).

a) Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und die Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren und im Zwangsverwaltungsverfahren umfaßt auch die Gegenstände, auf welche sich die Hypothek erstreckt (CPO. § 865 Abs. 1; ZVG. § 20 Abs. 2, § 146). Dieser Satz erleidet jedoch durch die §§ 21, 146, 148 des ZVG. Einschränkungen. Von der Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren sowohl wie im Zwangsverwaltungsverfahren wird „das Recht eines Pächters auf den Fruchtgenuß" nicht berührt (ZVG. § 21 Abs. 3); die ihm gebührenden stehenden und hängenden Früchte sind demnach der Immobiliarzwangsvollstreckung entzogen. Außerdem umfaßt nur die Beschlagnahme im Zwangsverwaltungsverfahren, nicht die im Zwangsversteigerungsverfahren sämtliche Erzeugnisse des Grundstücks sowie sämtliche Versicherungsforderungen, ferner die Miet- und Pachtzinsforderungen und die Ansprüche aus einem mit dem Eigentum an dem Grundstücke verbundenen Rechte auf wiederkehrende Leistungen; die Zwangsversteigerung erstreckt sich auf die beiden letzteren Forderungen und Ansprüche überhaupt nicht und auf land- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse sowie die Forderung aus einer Versicherung solcher Erzeugnisse nur, soweit die Erzeugnisse noch mit dem Boden verbunden oder soweit sie Zubehör des Grundstücks sind (das. § 21 Abs. 2, 3, § 148; vgl. Fischer u. Schaefer, ZVG. S. 213 ff. und über die Zubehöreigenschaft der Erzeugnisse § 98 Ziff. 2 Bd. I S. 171).

Die Beschlagnahme hat sowohl im Zwangsversteigerungs- wie im Zwangsverwaltungsverfahren die Wirkungen eines Veräußerungsverbots zugunsten des betreibenden Gläubigers (vgl. BGB. §§ 135, 136, Bd. I S. 243 ff. sowie KO. § 13). Im Zwangsversteigerungsverfahren kann der Schuldner jedoch über einzelne bewegliche Sachen innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch dem Gläubiger gegenüber wirksam verfügen (vgl. ZVG. §§ 20, 23, 148, Fischer u. Schaefer S. 210, 216 ff. und Achilles-Strecker S. 122 f.).

Die Beschlagnahme wird mit dem Zeitpunkte wirksam, in welchem der Beschluß, durch den die Zwangsversteigerung angeordnet ist, dem Schuldner zugestellt wird, und auch mit dem Zeitpunkt, in welchem das Ersuchen um Eintragung des Versteigerungsvermerkes dem Grundbuchamte zugeht, sofern auf das Ersuchen die Eintragung demnächst erfolgt, im Zwangsverwaltungsverfahren außerdem dadurch, daß der Verwalter nach ZVG. § 150 den Besitz des Grundstücks erlangt. Die Beschlagnahme einer Forderung tritt aber dem Drittschuldner (z. B. dem Schuldner der Miet- oder Pachtzins- oder der Versicherungsforderung) gegenüber erst mit dem Zeitpunkt in Kraft, in welchem sie ihm bekannt oder ein gerichtliches Zahlungsverbot, das auf Antrag des Gläubigers oder des Zwangsverwalters erlassen wird, ihm zugestellt wird; die Zustellung der Benachrichtigung von der bevorstehenden Beschlagnahme gemäß des für entsprechend anwendbar erklärten § 845 der CPO. hat die gleiche Wirkung (vgl. ZVG. § 22, § 151 Abs. 1, 3; Fischer u. Schaefer S. 214 ff.).

Dem betreibenden Gläubiger steht derjenige gleich, dessen Beitritt zu dem Verfahren zugelassen ist (vgl. ZVG. § 27, § 151 Abs. 2; Fischer u. Schaefer S. 225ff.). Zu seinen Gunsten wirkt die Beschlagnahme von der Zustellung des Beschlusses ab, durch den sein Beitritt zugelassen wird (Rspr. 9 S. 139). Ein Hypothekengläubiger, der nicht betreibender Gläubiger und dessen Beitritt auch nicht zugelassen ist, kann aus der Beschlagnahme Rechte nicht herleiten (RG. in Seuff. A. 59 Nr. 69; s. Kretzschmar im CBl. f. FG. 5 S. 613).

b) Die Pfändung ist nicht hinsichtlich aller beweglichen Gegenstände zulässig, auf die sich die Hypothek nach §§ 1120—1130 erstreckt. Zubehörstücke (vgl. §§ 97, 98, Bd. I S. 168ff.) unterliegen stets nur der Immobiliarzwangsvollstreckung (vgl. hierzu für die Übergangszeit RG. 46 S. 171) und die übrigen Gegenstände können nur gepfändet werden, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist (CPO. § 865 Abs. 2); nach dieser ist ihre Pfändung nicht nur gegenüber dem betreibenden Gläubiger unwirksam, sondern absolut unzulässig, selbst wenn vor der Beschlagnahme eine Benachrichtigung von der bevorstehenden Pfändung gemäß § 845 CPO. zugestellt ist (RG. 59 S. 87). Das letztere gilt auch von nicht getrennten Früchten, welche innerhalb des letzten Monats vor der gewöhnlichen Zeit der Reife gepfändet werden dürfen (CPO. § 810 Abs. 1). Diese Vorschriften stehen der Zwangsvollstreckung auf Betreiben eines Hypothekengläubigers ebenso entgegen wie der von einem persönlichen Gläubiger betriebenen; sie berechtigen die Hypothekengläubiger, Einwendungen gegen die diesen Bestimmungen zuwider erfolgte Pfändung gemäß § 766 der CPO. zu erheben. Ob ihnen neben dem Rechtsbehelf aus § 766 auch die sog. Exekutionsinterventionsklage aus § 771 CPO. zusteht, ist zweifelhaft, weil die Zubehörstücke durch Veräußerung und Entfernung vor der Beschlagnahme gemäß § 1121 von der Haftung frei werden, die Hypothek also insofern die Veräußerung nicht hindert und weil nach § 805 CPO. ein Nichtbesitzer auf Grund eines Pfand- oder Vorzugrechts der Pfändung nicht widersprechen, sondern nur vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse beanspruchen kann. Trotzdem wird diese Frage von der herrschenden Meinung, insbesondere auch von dem Reichsgerichte bejaht (RG. 55 S. 207, Rspr. 2 S. 129, 4 S. 368, 6 S. 270, Seuff. A. 58 Nr. 127; Klein in DJZ. 1903 S. 523; a. M. Schroeder das. S. 571, Sächs. Arch. 14 S. 577). Die Richtigkeit dieser Ansicht kann, da sie der materiellrechtlichen Bedeutung entbehrt und vorwiegend von der Auslegung des § 771 der CPO. abhängt, hier dahin gestellt bleiben. Jedenfalls darf man nicht weitergehen und dem Hypothekengläubiger auch gegenüber einer an sich zulässigen Pfändung der mithaftenden beweglichen Gegenstände die Klage aus § 771 gewähren, bevor er sein Recht durch Beschlagnahme verwirklicht hat. Das würde mit den die Mithaft dieser Gegenstände beschränkenden Bestimmungen der §§ 1120ff. (s. Vorbm. 2) im Widerspruche stehen (s. Rspr. 10 S. 122; a. M. Schönfeld im Recht 1903 S. 572). Nur der Pfändung noch nicht getrennter Früchte kann, sofern diese nicht für einen bei der Immobiliarzwangsvollstreckung vorgehenden Anspruch erfolgt ist, der Hypothekengläubiger nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 810 Abs. 2 der CPO. nach Maßgabe des § 771 widersprechen. Im übrigen hat der Hypothekengläubiger, sofern nicht die Pfändung gemäß §§ 1124, 1126, 1129 ihm gegenüber wirksam ist, ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse gemäß § 805 der CPO. (vgl. Fischer u. Schaefer S. 127ff. Erl. 5 zu § 865).

c) Beschlagnahme auf Grund einstweiliger Verfügungen. Neben der Beschlagnahme im Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren sowie der Pfändung sind schließlich auch Veräußerungsverbote oder ähnliche Anordnungen, die im Wege einstweiliger Verfügungen von dem Prozeßgericht auf Antrag des Hypothekengläubigers zur Sicherung seines Rechtes an den mithaftenden Gegenständen erlassen werden, als eine Beschlagnahme im Sinne der §§ 1121—1130 anzusehen, da durch sie das Hypothekenrecht in ähnlicher Weise wie durch jene Maßnahmen verwirklicht und der von der gerichtlichen Anordnung betroffene Gegenstand der freien Verfügung des Eigentümers entzogen wird (vgl. Fuchs S. 417, Hachenburg, Beiträge S. 65; RG. 44 S. 310, 48 S. 207, 52 S. 138; Seuff. A. 59 Nr. 119; a. M. Rspr. 3 S. 180). Dies ist von besonderer Bedeutung für die durch §§ 1134, 1135 geregelten Fälle, in denen eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks oder der Zubehörstücke oder eine unwirtschaftliche Entfernung der letzteren zu besorgen ist.

d) Zwangsvollstreckung auf Grund des durch die Hypothek gesicherten persönlichen Anspruchs. Zweifelhaft ist es, ob die Beschlagnahme im Sinne der §§ 1120ff. die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs des Hypothekengläubigers voraussetzt oder ob eine Zwangsvollstreckung aus dem durch die Hypothek gesicherten persönlichen Anspruche gleichzustellen ist, sofern der Eigentümer des belasteten Grundstücks zugleich der persönliche Schuldner ist. Diese Frage steht im

§. 1120. Die Hypothek erstreckt sich auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandtheile, soweit sie nicht mit der Trennung nach den §§. 954 bis 957 in das Eigenthum eines Anderen als des Eigenthümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind, sowie auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks gelangt sind.

Zusammenhange mit der Streitfrage, wie das geringste Gebot zu berechnen ist, wenn der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger ein Hypothekengläubiger ist, aber nur für seinen persönlichen Anspruch einen vollstreckbaren Schuldtitel erwirkt hat. Mit Rücksicht auf die akzessorische Natur der Hypothek sowie auf die unannehmbaren praktischen Ergebnisse, zu denen das Nichtbeachten der Identität des vollstreckbaren Anspruchs mit der Hypothekenforderung führen muß, ist diese Streitfrage dahin zu beantworten, daß das geringste Gebot nach Maßgabe der Rangordnung der Hypothek zu berechnen ist, vorausgesetzt, daß die Identität des vollstreckbaren Anspruchs mit der Hypothekenforderung nachgewiesen wird und daß nicht die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs durch eine Einrede ausgeschlossen ist, die dem persönlichen nicht entgegensteht (Fischer u. Schaefer S. 114, Eccius in Gruch. 44 S, 530, Meyer im Sächs. Arch. 13 S. 603ff., Bad. RP. 1905 S. 65, Recht 1905 S. 74; a. M. z. B. Jaeckel, ZVG. S. 73f., Kretzschmar I S. 352; s. auch CBl. f. FG. 5 S. 720). Wie nun der betreibende Gläubiger geltend machen kann, daß für seine vollstreckbare persönliche Forderung eine Hypothek an dem zur Versteigerung gestellten Grundstücke besteht und daher nur die dieser vorgehenden Rechte in das geringste Gebot einzurechnen sind, so muß auch sonst der Hypothekengläubiger, der eine Zwangsversteigerung oder eine Zwangsverwaltung oder eine Pfändung auf Grund seines persönlichen Anspruchs betreibt, sich auf seine Hypothek berufen können; man wird daher auch einer solchen Zwangsvollstreckung die in den §§ 1120ff. geregelten Wirkungen der Beschlagnahme beilegen dürfen.

Bei den Grundschulden und den Rentenschulden kommt diese Frage nach § 1192 Abs. 1 nicht in Betracht.

4. Über die Frage, **ob die Hypothek an den mithaftenden beweglichen Gegenständen noch nach dem Erlöschen der Hypothek an dem Grundstücke fortbestehen kann**, vgl. unten Erl. 1c zu § 1147.

5. Die §§ 1120—1131 finden auf **alle Arten der Hypotheken, der Grundschulden und der Rentenschulden Anwendung.** Über ihre Geltung in der **Übergangszeit** vgl. Bd. VI S. 389f. Erl. 8b zu Art. 192.

§ 1120.

E. I § 1067 Nr. 2, 3; II § 1029 rev. § 1104; III § 1103. P. I S. 5007ff., 5015ff., 5023, 6240, 6245f.; M. III S. 650f., 653, 655ff. P. II Bd. 3 S. 549f., 553ff.

1. Über die Frage, in welchem Umfange **das Grundstück** selbst für die Hypotheken haftet, vgl. die Erl. zu § 1131.

2. Der § 1120 regelt zunächst die Haftung der von dem Grundstücke getrennten **Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile.**

a) Über den **Begriff** der Erzeugnisse vgl. Bd. I S. 173 Erl. 2 zu § 99 und über den der Bestandteile das. S. 163ff. §§ 93—96 nebst Erl. Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören außer den mit dem Boden zusammenhängenden Erzeugnissen vor allem die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, und zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen, es sei denn, daß die Sachen „nur zu einem vorübergehenden Zwecke“ mit dem Grund und Boden verbunden oder in das Gebäude eingefügt sind; in diesem Ausnahmefalle sind sie überhaupt keine Bestandteile. Das gleiche gilt von Gebäuden oder anderen Werken (z. B. Wasserleitungen, Brücken), die in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden worden sind; auch wenn das Recht, in dessen Ausübung die Verbindung erfolgt ist, der Hypothek nachsteht, sind die Werke keine Bestandteile und daher der Hypothek nicht unterworfen. Über die Bestandteilseigenschaft der subjektiv dinglichen Rechte vgl. unten Erl. 1 zu § 1126; auf sie bezieht sich die Vorschrift des § 1120 nicht (vgl. Erl. 1b zu § 1126).

b) Haftung der getrennten Bestandteile. Nach dem Grundsatze, daß im Falle der körperlichen Teilung einer Sache die an dieser begründeten dinglichen Rechte an den Teilen fortbestehen (S. 260 Erl. 1 zu § 953), versteht sich die Fortdauer der Haftung der Bestandteile nach ihrer Trennung von dem Grundstücke von selbst. Ein Zweifel könnte nur daraus hergeleitet werden, daß die Hypothek nicht an beweglichen Sachen bestellt werden kann. Dieser Zweifel wird durch § 1120 beseitigt. Der Schwerpunkt der Vorschrift des § 1120, soweit sie sich auf getrennte Bestandteile bezieht, liegt aber nicht in der Beseitigung dieses Zweifels, sondern, trotzdem von einer Erstreckung der Haftung die Rede ist, in deren Beschränkung (vgl. S. 543 Vorbm. 1 zu §§ 1120—1131; Fuchs S. 412 Erl. 5b); die Haftung der Bestandteile soll nach ihrer Trennung von dem Grundstücke nur fortdauern, soweit sie nicht mit der Trennung in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind. Unter welchen Voraussetzungen dieser von dem anderen zu beweisende Ausnahmefall von der Regel des § 953 (oben S. 260) eintritt, ergibt sich aus §§ 954—957 (oben S. 260ff.); der andere muß entweder vermöge eines Nießbrauchs oder Erbbaurechts (§ 1013) an dem Grundstücke befugt sein, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile des Grundstücks anzueignen (ohne daß die Voraussetzungen der §§ 955—957 vorliegen, vgl. S. 261 Erl. 3), oder ihm muß ein obligatorischer Anspruch (z. B. auf Grund eines Pachtvertrags) gegen denjenigen, welchem die Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile nach der Trennung gehören, zustehen und der Besitz des Grundstücks überlassen sein. Dagegen bleiben die Erzeugnisse und die sonstigen zu den Früchten des Grundstücks gehörenden Bestandteile verhaftet, wenn sie nach § 955 in das Eigentum des gutgläubigen Eigenbesitzers fallen; „die Hypothek muß sich ihrem Begriffe nach nicht allein gegen den Eigentümer, sondern auch gegen den Besitzer, welcher nicht der Eigentümer ist, dergestalt betätigen, daß der Besitzer nicht günstiger steht als der Eigentümer; im Interesse des Realkredits ist hieran festzuhalten" (M. III S. 656).

Zweifelhaft ist, ob die erwähnte Ausnahmebestimmung auch dann Platz greift, wenn das Recht auf Aneignung der Bestandteile der Hypothek im Range nachsteht. In der Denkschrift zu § 21 des E. des ZVG. heißt es: „Für dasjenige Recht an einem Grundstücke, vermöge dessen die Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile mit der Trennung in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder Eigenbesitzers des Grundstücks gelangen, insbesondere für den Nießbrauch, versteht es sich schon gegenüber dem § 1120 des BGB. von selbst, daß eine Hypothek, die dem Rechte im Range vorgeht (§ 879 des BGB.), sich auf die betreffenden Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile ungeachtet der erfolgten Trennung erstreckt." Diese von Fuchs S. 412f. Erl. 5cβ, Biermann S. 315 Erl. 2, Staudinger III S. 398, Willenbücher S. 164 Erl. 5, Fischer u. Schaefer S. 123 Erl. 1bα zu § 865 und Maenner S. 285 geteilte Ansicht steht mit dem Wortlaute des § 1120 im Widerspruche, da Bestandteile, welche mit der Trennung in das Eigentum eines nachstehenden Berechtigten gelangt sind, den in das Eigentum des Eigentümers oder des Eigenbesitzers gekommenen nicht gleichgestellt sind. Der Fassung des § 1120 gegenüber verschlägt auch die Erwägung nicht, daß nach der hier vertretenen Meinung der Eigentümer durch Bestellung eines Nießbrauchs die Früchte dem Zugriffe der Hypothekengläubiger entziehen könnte, im Widerspruche mit dem Grundsatze, daß der Eigentümer ein neues Recht nur unbeschadet der bestehenden Rechte an dem Grundstücke bestellen kann (s. oben S. 75f. Vorbm. V 5 z. Abschn. 2; vgl. auch Rspr. 4 S. 328). Der hypothekarischen Haftung werden durch die spätere Bestellung eines Nießbrauchs die Früchte nicht völlig entzogen. Die Vorschrift des § 1120 bezieht sich nur auf die getrennten Erzeugnisse. Die stehenden und hängenden Früchte haften dem Hypothekengläubiger trotz eines seinem Rechte nachstehenden Nießbrauchs. Bezüglich ihrer gilt das Prioritätsprinzip, während für dessen Anwendung auf die getrennten Erzeugnisse bei der Fassung des § 1120 kein Raum ist. Auch der oben S. 544 Vorbm. 2 zu §§ 1120—1131 erwähnte, diesen Vorschriften zugrunde liegende gesetzgeberische Gedanke spricht für die Ansicht, daß der Eigentümer nicht gehindert sein soll, nicht nur durch einen Pachtvertrag (vgl. unten d), sondern auch durch Bestellung eines Nießbrauchs oder durch unentgeltliche Gestattung der Fruchtziehung unter Einräumung des Besitzes des Grundstücks über die getrennten Früchte zu verfügen und sie gleich mit ihrer Trennung der hypothekarischen Haftung zu entziehen. Gegen die hier vertretene Ansicht kann man sich auch nicht auf P. II Bd. 3 S. 553f. berufen, da dort nur von den ungetrennten Erzeugnissen die Rede ist; vgl. die Anträge das. Bd. 3 S. 549 (übereinstimmend Roeber in Gruch. 49 S. 541ff.).

c) Trennung der Bestandteile vom Grundstücke. Das Eigentum des den Eigentümer oder Eigenbesitzer ausschließenden Aneignungsberechtigten und damit das Erlöschen der Mithaft

der Bestandteile in dem unter b erörterten Ausnahmefalle tritt mit der Trennung vom Grundstück ein. Vgl. über diesen Begriff oben S. 262 Erl. 1b. Erforderlich ist, daß die Bestandteile bewegliche Sachen werden; Anbringen von Zeichen, z. B. Anschlag der Bäume mit dem Forsthammer u. ä., genügt nicht.

d) **Verhältnis zum Rechte des Pächters.** Das Recht des Hypothekengläubigers wird ferner durch die Vorschrift des ZVG. § 21 Abs. 3 eingeschränkt: „Das Recht eines Pächters auf den Fruchtgenuß wird von der Beschlagnahme nicht berührt." Während die getrennten Früchte eines im Pachtbesitze befindlichen Grundstücks nach § 1120 der Haftung für die Hypotheken nicht unterliegen, weil sie mit der Trennung in das Eigentum des Pächters fallen (Erl. b), bezieht sich § 21 Abs. 3 des ZVG. auch auf die ungetrennten Früchte. Demnach sind im Falle einer Verpachtung des Grundstücks die getrennten wie die ungetrennten Früchte völlig dem Zugriffe des Hypothekengläubigers entzogen, da auch die Mobiliarzwangsvollstreckung wider Willen des Pächters nach § 809 der CPO. unmöglich ist. Die Vorschrift des § 21 Abs. 3 benachteiligt den Gläubiger aber deshalb nicht, weil ihm an Stelle der Früchte die Pachtzinsforderung haftet. Ob die Hypothek älter oder jünger ist als das Recht des Pächters, macht keinen Unterschied (s. Roeder a. a. O.). Eine Ausnahme soll nach der Denkschrift zu § 21 des ZVG. für den Fall gelten, daß ein dem Hypothekengläubiger im Range nachstehender Nießbraucher der Verpächter ist; wie die diesem Verpächter zufallenden Früchte dem Hypothekenrecht unterliegen, so sollen auch die seinem Pächter zuwachsenden Früchte von der Beschlagnahme ergriffen werden, obwohl auch die Miet- und Pachtzinsforderung dieses Nießbrauchers der Hypothek unterliegt (Erl. 2 zu § 1123); nach dem in Erl. b Abs. 2 Gesagten gilt dies aber nur für die stehenden oder hängenden, nicht für die getrennten Früchte (vgl. M. III S. 653, P. I S. 5014, 5015, P. II Bd. 3 S. 553ff.)

e) Schließlich fragt es sich, ob die **zur Zeit der Hypothekbestellung bereits getrennten Bestandteile** von der Hypothek ergriffen werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 1121, 1122 zur Zeit der Hypothekbestellung noch nicht vorliegen. Die Frage ist zu verneinen. Wie unter b erwähnt, spricht § 1120 nur die Fortdauer der Haftung der Bestandteile nach ihrer Trennung für die vor dieser begründeten Hypotheken aus und §§ 1121, 1122 regeln die Voraussetzungen, unter denen diese fortdauernde Haftung erlischt; letztere enthalten also nicht eine Ausdehnung, sondern eine Einschränkung der Haftung. Ebensowenig wie frühere Zubehörstücke, die zur Zeit der Eintragung der Hypothek die Zubehöreigenschaft bereits verloren haben (Erl. 3), von dieser erfaßt werden, sind zu dieser Zeit bereits getrennte Bestandteile als solche d. h. wegen ihrer früheren Bestandteilseigenschaft der Hypothek unterworfen. Dagegen ist es für die Haftung der Bestandteile gleichgültig, ob sie erst nach der Hypothekbestellung oder schon vorher Bestandteile des belasteten Grundstücks geworden sind, sofern sie letzterenfalls nur zur Zeit der Bestellung die Bestandteilseigenschaft noch besitzen.

3. Die Hypothek erstreckt sich ferner auf **das Zubehör des Grundstücks.** Vgl. über diesen Begriff §§ 97, 98 nebst Erl., Bd. I S. 168ff. Auch für die Zubehörstücke ist es ohne Belang, ob sie vor oder nach der Hypothekbestellung die Zubehöreigenschaft erlangt haben. Dagegen folgt aus dem Begriffe des Zubehörs, daß die rechtliche Verfügung über die Hauptsache sich nur dann auf das Zubehör erstrecken kann, wenn dieses zu der Zeit der Verfügung noch die Zubehöreigenschaft besitzt; ist letztere zu der Zeit der Hypothekbestellung bereits aufgehoben, so fallen die früheren Zubehörstücke nicht unter die Hypothek, wenn auch die Aufhebung der Zubehöreigenschaft nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt ist und die früheren Zubehörstücke noch nicht veräußert und entfernt sind (§§ 1121, 1122) und daher den vor der Aufhebung der Zubehöreigenschaft bestellten Hypotheken noch unterliegen (vgl. Erl. 2e).

Ausgenommen sind ferner diejenigen Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind. Deshalb schließt auch, wenn bei dem Erwerbe der Zubehörstücke durch den Eigentümer eines Grundstücks der Veräußerer das Eigentum sich vorbehalten hat, dieser Vorbehalt die Unterwerfung der Zubehörstücke unter die Hypothek aus (RG. in JW. 1904 S. 403; anders bei wesentlichen Bestandteilen, RG. 44 S. 288, 50 S. 241, Seuff. A. 59 Nr. 119). Wird in einem solchen Falle der Rest des Kaufpreises bezahlt, so erlischt der Eigentumsvorbehalt, die Zubehörstücke gehen in das Eigentum des Grundstückseigentümers über und werden gleichzeitig dem Hypothekenrecht unterworfen; dies gilt selbst dann, wenn die Zahlung durch den Konkursverwalter erfolgt, trotz der Vorschrift des § 15 KO. (RG. 53 S. 350).

Unter welchen Voraussetzungen der Grundstückseigentümer Eigentum an den von dem Pächter angeschafften Inventarstücken erwirbt, ergibt sich aus §§ 586—588. Zweifelhaft ist, ob

§. 1121. Erzeugnisse und sonstige Bestandtheile des Grundstücks sowie Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt werden, bevor sie zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind.

Erfolgt die Veräußerung vor der Entfernung, so kann sich der Erwerber dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen sei. Entfernt der Erwerber die Sache von dem Grundstücke, so ist eine vor der Entfernung erfolgte Beschlagnahme ihm gegenüber nur wirksam, wenn er bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist.

---

den Hypothekengläubigern, deren Hypothek nur den Anteil eines Miteigentümers belastet, die einem anderen Miteigentümer gehörenden Zubehörstücke haften. Da unter dem Eigentümer der dingliche Schuldner des Hypothekengläubigers zu verstehen ist, ist die Frage zu verneinen.

Der gute Glaube des Hypothekengläubigers an das Eigentum des Hypothekbestellers ersetzt den Mangel des Eigentums nicht. Der § 892 bezieht sich nur auf Rechte an dem Grundstücke selbst sowie auf Rechte an solchen Rechten, nicht auf Rechte an den Zubehörstücken (vgl. § 926 Abs. 2, oben S. 208 ff.), über welche das Grundbuch keine Auskunft gibt, und die Vorschriften der §§ 932—935, 1207 sowie § 926 Abs. 2 können nicht zur analogen Anwendung kommen, weil dem Hypothekengläubiger der Besitz der Sachen nicht übertragen ist. Auf Grund dieser Erwägung ist auch die Mithaft derjenigen Zubehörstücke, deren Eigentum der Grundeigentümer zwar erlangt, aber auf einen Dritten übertragen hat, ohne daß sie von dem Grundstück entfernt sind, für die nach dieser Eigentumsübertragung bestellten Hypotheken zu verneinen, obwohl ihre Mithaft für die früher bestellten noch nicht erloschen ist; denn dem Grundstückseigentümer stand zur Zeit der Hypothekbestellung keine Verfügungsbefugnis über die Zubehörstücke mehr zu. Aus der Fassung der Schlußworte des § 1120 ist das Gegenteil nicht zu folgern; nach den M. III S. 656 und den P. II Bd. 3 S. 549 f., 555 sollen sie nichts anderes bedeuten als: mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche einem anderen als dem Eigentümer des Grundstücks gehören (vgl. v. Brünneck in Gruch. 44 S. 97).

Bei einem Streite über das Eigentum des Grundstückseigentümers an den Zubehörstücken trifft die Beweislast denjenigen, welcher das Nichteigentum behauptet (Rspr. 6 S. 270).

Daß das Zubehör nur der Immobiliarzwangsvollstreckung unterliegt, ist oben S. 545 Vorbm. 3b vor § 1120 bereits erwähnt. Vgl. auch ZVG. § 55 Abs. 2 (Fischer u. Schaefer S. 269 f.) über die Mitversteigerung des nicht dem Eigentümer gehörenden, aber zur Zeit der Versteigerung (RG. in JW. 1905 S. 175) in seinem Besitze befindlichen Zubehörs, falls der Dritte sein Recht nicht rechtzeitig geltend macht.

§ 1121.

E. I § 1068; II § 1030 rev. § 1105; III § 1104. P. I S. 5007 ff., 5020 ff., 6240, 6246 f., 6272; M. III S. 661 ff. P. II Bd. 2 S. 249; Bd. 3 S. 556 ff.; Bd. 6 S. 247 ff., 284 f. RB. S. 2004 f.

1. **Erlöschen der Haftung der Bestandteile und Zubehörstücke durch Veräußerung und Entfernung.** Auf Grund der oben S. 544 Vorbm. 2 vor § 1120 mitgeteilten Erwägung beschränkt der § 1121 die Haftung der Bestandteile und Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek laut § 1120 erstreckt, bis zu deren Veräußerung und Entfernung von dem Grundstück. Im Gegensatze zu dem E. I § 1068, der die Entfernung ohne Veräußerung als Erlöschungsgrund der Haft bezeichnete, und zu dem E. II § 1030, nach welchem wesentlich in Übereinstimmung mit dem preuß. Ges. über den Eig.Erw. rc. § 30 die Mithaft der Erzeugnisse grundsätzlich mit ihrer Entfernung, die der übrigen Bestandteile und der Zubehörstücke dagegen nur mit ihrer Veräußerung oder Belastung und Entfernung erlöschen sollte, verlangt der E. II rev., der E. III und das Gesetz bei allen Sachen, auch bei den Erzeugnissen das Zusammentreffen von Veräußerung und Entfernung, um die Haftung zu beendigen. Eine von beiden genügt nicht. Erfolgt also die Beschlagnahme (vgl. oben S. 544 ff. Vorbm. 3 vor § 1120) zwar nach der Veräußerung, aber vor der Entfernung oder nach dieser, aber vor jener, oder hat bloß eine Entfernung ohne eine Veräußerung stattgefunden, so tritt das Erlöschen nicht ein (Rspr. 4 S. 373).

Nur eine „innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft" erfolgende Trennung und Entfernung der Bestandteile oder Aufhebung der Zubehöreigenschaft bringt nach näherer Vorschrift des § 1122 für sich allein die Haftung zum Erlöschen.

2. Unter Veräußerung ist nicht der Abschluß eines Kaufvertrags oder eines sonstigen obligatorischen Rechtsgeschäfts, sondern die Eigentumsübertragung zu verstehen. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Übereignung ist also die Besitzübergabe gemäß §§ 929 ff. erforderlich; demnach genügt z. B. die Absendung der Sachen an den Erwerber nicht, wenn sie dadurch noch nicht in dessen Besitz gelangt sind. Auch ein Vorbehalt des Eigentums an wesentlichen Bestandteilen begründet nur eine obligatorische Verpflichtung, die Trennung und Wegnahme zu dulden, und bildet keine Veräußerung im Sinne des § 1121 (s. Seuff. A. 59 Nr. 119, Kretzschmar im CBl. f. FG. 5 S. 616 f.).

Die Belastung ist, anders als im E. II § 1030, der Veräußerung nicht gleichgestellt. Durch eine Belastung der getrennten Bestandteile und Zubehörstücke mit Pfandrecht oder mit Nießbrauch und durch eine Pfändung der nicht zum Zubehör gehörenden getrennten Bestandteile (über die Unzulässigkeit der Pfändung der Zubehörstücke vergl. oben S. 545 Vorbm. 3b vor § 1120) erlischt also die Haftung nach § 1121 sebst dann nicht, wenn die Entfernung hinzutritt (vgl. P. II Bd. 6 S. 248 f., Seuff. A. 59 Nr. 169, Kretzschmar im CBl. f. FG. 4 S. 453, Fischer und Schaefer, ZVG. S. 129; a. M. Boehm S. 169). Siehe jedoch auch unten S. 552 Erl. 2 zu § 1122.

Erforderlich ist eine Veräußerung, die auf die Lösung des zwischen den Bestandteilen oder Zubehörstücken und dem Grundstücke bestehenden Verhältnisses abzielt. Deshalb beseitigt eine Veräußerung des Grundstücks mit den Zubehörstücken und eine Entfernung der Zubehörstücke durch den Erwerber, der das Grundstück zwar übergeben, aber nicht aufgelassen erhalten und also nur an den Zubehörstücken, aber nicht an dem Grundstück Eigentum erworben hat, die Haftung nicht (Sächs. Arch. 11 S. 105).

Für eine Veräußerung durch den Konkursverwalter im Konkurse des Eigentümers gilt nichts Besonderes; auch sie führt in Verbindung mit der Entfernung das Erlöschen der Haftung herbei (Jaeger KO. § 4 Anm. 5, § 126 Anm. 10, Seuff. A. 59 Nr. 82; abw. RG. 42 S. 85, Rspr. 4 S. 368).

3. Die Entfernung ist mit der Trennung im Sinne des § 1120 nicht identisch, sondern bedeutet ein Fortschaffen von dem Grundstücke, dessen Erzeugnisse, sonstige Bestandteile oder Zubehörstücke die Sachen bilden. Auch die Besitzübergabe genügt nicht, wenn die Sachen auf dem Grundstücke verbleiben; sie ist zwar regelmäßig erforderlich, weil sonst keine Veräußerung (Erl. 2) vorliegt, aber zu ihr muß das Wegschaffen von dem Grundstücke hinzukommen. Daß die Entfernung infolge der Veräußerung erfolgt ist, wie der E. II forderte, verlangt das Gesetz nicht; eine Entfernung zum Zwecke einer beabsichtigten Veräußerung genügt ebenfalls (vgl. Hachenburg, Beiträge S. 64). Der Zweck der Entfernung ist völlig gleichgültig; kommt zu ihr die Veräußerung hinzu, so erlischt die Haftung (vgl. auch Erl. 2 zu § 1122; a. M. Sächs. Arch. 11 S. 105, wo ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Veräußerung und der Entfernung für erforderlich erklärt wird).

4. Gutgläubiger Erwerb (Abs. 2). Liegen die beiden Voraussetzungen, die Veräußerung und die Entfernung, vor, ehe die getrennten Bestandteile und die Zubehörstücke in einer der oben S. 544 ff. Vobm. 3 vor § 1120 angegebenen Weise beschlagnahmt sind, so scheiden diese Gegenstände unter allen Umständen aus der Hypothek aus, auch wenn die Veräußerung und Entfernung nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geschah (Seuff. A. 59 Nr. 82) und wenn der Erwerber Kenntnis von der hypothekarischen Belastung hatte.

Dagegen führt der gute Glaube des Erwerbers das Erlöschen der Haftung herbei, obwohl die Sachen vor der Veräußerung und Entfernung beschlagnahmt waren. Nach § 936 (oben S. 236) erlischt im Falle der Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache das diese belastende Recht eines Dritten mit dem Eigentumserwerb, es sei denn, daß der Erwerber zu der nach Abs. 1 des § 936 maßgebenden Zeit nicht in gutem Glauben ist, d. h. das Recht kennt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt, und nach §§ 135, 136 wirkt auch die Beschlagnahme, wie grundsätzlich jedes den Schutz bestimmter Personen bezweckende Veräußerungsverbot, nicht gegen einen Erwerber, dem die Beschlagnahme ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Kenntnis des der Beschlagnahme vorausgehenden (vgl. S. 544 Vorbm. 3a vor § 1120) Antrags auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung steht aber nach § 23 Abs. 2 Satz 1 des ZVG. einer Kenntnis der Beschlagnahme gleich, und letztere gilt

nach Satz 2 das. nicht nur hinsichtlich des Grundstücks, sondern auch in Ansehung der mithaftenden beweglichen Sachen als bekannt, sobald der Versteigerungs- oder der Zwangsverwaltungsvermerk eingetragen ist (vgl. Fischer und Schaefer S. 218f. Erl. 4 zu § 23, Rspr. 3 S. 341). Diese Bestimmungen werden durch § 1121 Abs. 2 in mehreren Punkten geändert.

a) Guter Glaube in Ansehung der Hypothek genügt bei einer Veräußerung vor der Entfernung nicht (Abs. 2 Satz 1). Nach der Vorschrift des § 936 würde die Haftung der noch nicht beschlagnahmten Bestandteile und Zubehörstücke mit der Eigentumsübertragung auf einen Erwerber, welcher hinsichtlich der Hypothek in gutem Glauben ist, auch dann erlöschen, wenn sie nicht von dem Grundstück entfernt werden. Dies wird durch § 1121 Abs. 2 Satz 1 eingeschränkt; der Erwerber muß, obwohl er keine Kenntnis von der Hypothek hat, diese gegen sich gelten lassen, wenn die Veräußerung vor der Entfernung erfolgt. In diesem Falle gelangt der Grundsatz zur Anwendung, „daß die Kenntnis eines eingetragenen Rechtes bei jedem, der im Widerspruche mit demselben erwerben will, vorauszusetzen ist" (M. III S. 662); die Bestimmung entspricht also der erwähnten Vorschrift des § 23 Abs. 2 Satz 2 des ZVG., daß nach Eintragung des Versteigerungsvermerkes die Beschlagnahme nicht nur hinsichtlich des Grundstücks, sondern auch in Ansehung der mithaftenden beweglichen Sachen als bekannt gilt. Macht der Gläubiger also sein Recht an diesen vor ihrer Fortschaffung geltend, so kann der Erwerber sich nicht auf die Vorschrift des § 936 berufen (vgl S. 237 Erl. 5b zu § 936; Ramdohr in Gruch. 44 S. 366f.).

Erfolgt dagegen nach der Veräußerung der getrennten Bestandteile und Zubehörstücke deren Entfernung von dem Grundstücke, bevor sie beschlagnahmt sind, so werden sie stets von der Haftung frei, da es alsdann nach dem oben Gesagten auf den guten Glauben des Erwerbers nicht ankommt.

b) Veräußerung Beschlagnahme, Entfernung (Abs. 2 Satz 2). Findet nach der Veräußerung eine Beschlagnahme der Bestandteile oder Zubehörstücke statt und werden diese hierauf von dem Grundstück entfernt, so erlischt ihre Haftung trotz der Kenntnis des Erwerbers von der Hypothek, wenn zur Zeit der Entfernung weder die Beschlagnahme dem Erwerber bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, noch auch der Antrag auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung dem Erwerber bekannt noch auch der Versteigerungs- oder der Zwangsverwaltungsvermerk im Grundbuch eingetragen ist. Die Kenntnis des Erwerbers von der Hypothek genügt nicht, um die Haftung aufrecht zu erhalten, denn letztere erlischt ja auch trotz Kenntnis der Hypothek bei Veräußerung und Entfernung, sofern nicht vorher eine Beschlagnahme erfolgt ist. Der Erwerber muß also hinsichtlich der Beschlagnahme als des die Haftung erhaltenden Aktes bösgläubig sein, damit der Hypothekengläubiger die Fortdauer der Haftung ihm gegenüber geltend machen kann. Daraus erklärt sich die Vorschrift des § 1121 Abs. 2 Satz 2, welche in zweiter Lesung hinzugefügt wurde. Nach den P. II Bd. 3 S. 557, 560 ist diese Bestimmung in der Kommission lediglich aus dem Gesichtspunkte bekämpft worden, daß sie sich ohne weiteres aus § 135 des BGB. ergebe; man entschied sich indessen für ihre Aufnahme, da der § 135 jedenfalls seinem Wortlaute nach nicht zutreffe und, wenn auch vielleicht durch ein argumentum a majore ad minus die Ableitung möglich sei, im Interesse der Deutlichkeit eine besondere Vorschrift zweckmäßig erscheine. Der § 135 erklärt nämlich nur Verfügungen, welche gegen die Beschlagnahme verstoßen und deshalb der Regel nach dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam sind, bei Gutgläubigkeit des Erwerbers für wirksam; und eine Verfügung (vgl. Bd. I S. 185 Vorbm. IX 4 z. Abschn. 3) bildet die Entfernung nicht.

c) Entfernung, Beschlagnahme, Veräußerung. Dagegen fällt die Veräußerung in dem oben Erl. 2 erörterten Sinne unter den Begriff der Verfügung. Es bedurfte daher keiner besonderen Bestimmung, daß die Beschlagnahme wirkungslos ist und die Haftung der getrennten Bestandteile und der Zubehörstücke erlischt, wenn diese zuerst von dem Grundstück entfernt, darauf beschlagnahmt und alsdann veräußert werden, es sei denn, daß der Erwerber zur Zeit der Übereignung oder richtiger zu der nach § 936 Abs. 1 (oben S. 236) maßgebenden Zeit hinsichtlich der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist oder den Antrag auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung kennt oder daß zu dieser Zeit der Vermerk über die Anordnung des Vollstreckungsverfahrens im Grundbuch eingetragen ist.

5. Andere Erlöschungsgründe der Haftung. Daß die Haftung der getrennten Bestandteile und der Zubehörstücke auch durch deren Verbindung mit anderen Sachen, durch Vermischung oder Vermengung und durch Verarbeitung oder Umbildung erlischt, sofern dadurch ein Eigentumswechsel herbeigeführt wird, folgt aus §§ 949, 950 Abs. 2 (oben S. 251f.).

§. 1122. Sind die Erzeugnisse oder Bestandtheile innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft von dem Grundstücke getrennt worden, so erlischt ihre Haftung auch ohne Veräußerung, wenn sie vor der Beschlagnahme von dem Grundstück entfernt werden, es sei denn, daß die Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt.

Zubehörstücke werden ohne Veräußerung von der Haftung frei, wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird.

Diese Vorschriften finden auch entsprechende Anwendung, wenn die mit einander verbundenen, vermischten oder vermengten Sachen demselben Eigentümer gehören oder wenn jemand durch Verarbeitung ausschließlich eigenen Stoffes eine neue Sache herstellt (vgl. oben S. 251 f. Erl. 2 zu § 949, S. 254 Erl. 5 zu § 950; Hachenburg, Beiträge S. 69 f.).

6. Über die Voraussetzungen der Ersatzpflicht der Erwerber der Bestandteile und Zubehörstücke im Falle der absichtlichen Verschleuderung (des sog. kalten Abbrennens) vgl. RG. 42 S. 170, 44 S. 186, Josef im Recht 1905 S. 41.

§ 1122.

E. I § 1068 Abs. 1; II § 1030 Abs. 1 rev. § 1106; III § 1105. P. I S. 5007 ff., 5019 ff., 5023; M. III S. 661 ff. P. II Bd. 2 S. 249; Bd. 3 S. 556 ff.; Bd. 6 S. 247 ff., 234 f.

1. **Erlöschen der Haftung durch Entfernung der Bestandteile oder Aufhebung der Zubehöreigenschaft.** Von der Regel des § 1121, nach welcher Veräußerung und Entfernung zur Aufhebung der Mithaft der Bestandteile und Zubehörstücke erforderlich ist, macht § 1122 Ausnahmen, um dem Eigentümer eine ordnungsmäßige Wirtschaftsführung zu ermöglichen (vgl. S. 544 Vorbm. 2 vor §§ 1120). Während die Veräußerung nie für sich allein die Haftung beendigt, hat die Entfernung der Bestandteile von dem Grundstücke vor ihrer Beschlagnahme unter Umständen diese Wirkung; das gleiche gilt von der Aufhebung der Zubehöreigenschaft. Für beide Ausnahmen wird gefordert, daß die Trennung bezw. die Aufhebung **innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** erfolgt ist. Was hierunter zu verstehen ist, kann nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden. Nicht nur ein Verschleppen der Sachen, um sie dem Hypothekengläubiger zu entziehen, sondern jedes unwirtschaftliche Handeln führt nur unter den Voraussetzungen des § 1121 das Erlöschen der Haftung herbei.

2. **Für Erzeugnisse und Bestandteile** wird die Trennung vom Grundstück innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft und die dauernde Entfernung vom Grundstücke vor der Beschlagnahme gefordert. Nur erstere, nicht auch die letztere braucht also innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt zu sein. Bei den Erzeugnissen wird demnach, da sie ihrer Natur nach bestimmt sind, von dem Grundstücke getrennt zu werden, nur ausnahmsweise ein die Anwendung des § 1122 ausschließendes unwirtschaftliches Handeln vorkommen können.

Über den Begriff der Entfernung vgl. oben S. 550 Erl. 3 zu § 1121. Da hier die Entfernung der ordnungsmäßig getrennten Bestandteile zur Beendigung der Haftung genügt und eine Veräußerung, welche die Entfernung ohne weiteres als eine dauernde hinstellt, nicht hinzuzukommen braucht, hebt das Gesetz ausdrücklich hervor, daß eine nur vorübergehende Entfernung nicht genügt. Ob die Entfernung in dem einzelnen Falle zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt oder nicht, ist Tatfrage (M. III S. 661 f.). Als Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke wird es nicht angesehen werden können, wenn die innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft getrennten Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile, nachdem sie zum Faustpfande gegeben oder gepfändet sind, von dem Grundstück entfernt werden. Im letzteren Falle insbesondere erfolgt die Entfernung regelmäßig zum Zwecke des Verkaufs und kann deshalb ebensowenig als eine vorübergehende betrachtet werden, wie in dem Falle, daß die Erzeugnisse ꝛc. zum Zwecke des Verkaufs in ein in der Stadt befindliches Getreidelager gebracht werden (Kretzschmar im CBl. f. FG. 4 S. 454; a. M. Samter, Handb. der Zwangsverst. S. 8, Willenbücher S. 167 Erl. 1, Fuchs S. 416 Erl. 5; hinsichtlich der Verpfändung Biermann S. 319 Erl. 1, Oberneck I S. 766 § 132 Ziff. IV c. Nach Fischer u. Schaefer S. 129 und Staudinger III S. 402 Erl. II 1 a zu § 1121 soll die Haftung der von dem pfändenden Gerichtsvollzieher entfernten Erzeugnisse deshalb fortdauern, weil die Entfernung zum Zwecke des

§. 1123. Ist das Grundstück vermiethet oder verpachtet, so erstreckt sich die Hypothek auf die Mieth- oder Pachtzinsforderung.

Soweit die Forderung fällig ist, wird sie mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritte der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zu Gunsten des Hypothekengläubigers erfolgt. Ist der Mieth- oder Pachtzins im voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf den Mieth- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr.

Pfandverkaufs nicht in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft liege; vgl. hiergegen Erl. 2 Abs. 1). Anders liegt das Verhältnis bei den Zubehörstücken (s. Erl. 3).

Eine Entfernung ist auch in dem Fortschaffen von dem Grundstücke, dessen Bestandteile oder Zubehörstücke die Sachen waren, auf ein anderes, demselben Eigentümer gehörendes Grundstück zu finden, selbst wenn auch dieses für die Hypothek haftet (letzterenfalls a. M. Biermann S. 319 Erl. 1b). Wird die Sache Bestandteil oder Zubehör dieses anderen Grundstücks, so tritt sie in die Haftung für die dieses belastenden Hypotheken ein (vgl. oben S. 548 Erl. 2e u. 3 zu § 1120); sie scheidet also gar nicht aus der Haftung aus, wenn sie sofort bei der Entfernung von dem einen Grundstücke Bestandteil oder Zubehör des anderen, für dieselbe Hypothek haftenden Grundstücks wird. Im Sinne dieser Sätze bilden aber mehrere durch Zuschreibung oder Vereinigung zu einem Ganzen gewordene Grundstücke, welche sämtlich mit der Hypothek belastet sind (vgl. Erl. 4a zu § 1131), ein Grundstück; lastet also die Hypothek auf einem Gute, so erlischt z. B. die Haftung der Früchte nicht, wenn diese von dem Acker, auf dem sie gewachsen sind, in die auf dem Gutshofe stehende Scheune gebracht werden.

3. Für **Zubehörstücke** bildet schon die Aufhebung der Zubehöreigenschaft vor der Beschlagnahme einen Befreiungsgrund, sofern sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Die Zubehöreigenschaft wird aufgehoben, wenn eine der im § 97 Abs. 1 (Bd. I S. 168) angeführten Voraussetzungen fortfällt, wenn also z. B. die Sache dauernd zu anderen Zwecken als für den wirtschaftlichen Zweck des Grundstücks benutzt wird; auch hier ist also eine dauernde Trennung von dem Grundstücke der hauptsächlich in Betracht kommende Grund für das Erlöschen der Haftung (vgl. § 97 Abs. 2, Bd. I S. 171 Erl. 3e zu § 97). Soweit aber eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft ohne Entfernung von dem Grundstücke möglich ist, bedarf es dieser so wenig wie der Veräußerung. Anderseits genügt die Veräußerung für sich allein nicht, auf Grund des § 1122 Abs. 2 die Haftung zu beseitigen; Abs. 2 hat nur die Aufhebung der Zubehöreigenschaft auf andere Weise als durch Veräußerung im Auge (vgl. RG. im JW. 1905 S. 175; Seuff. A. 58 Nr. 78; a. M. Rspr. 8 S. 417).

Werden Zubehörstücke zum Faustpfande gegeben, so werden sie hierdurch, auch wenn sie von dem Grundstück entfernt werden, nicht von der Hypothek frei; denn die Voraussetzung ist hier nicht wie bei den Erzeugnissen ꝛc. lediglich die, daß sie innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft von dem Grundstücke getrennt und dann entfernt werden, vielmehr wird erfordert, daß die Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt ist. Bei der Entfernung auf Grund einer Verpfändung trifft diese Voraussetzung aber nicht zu. Dasselbe gilt, wenn die Entfernung durch den Pächter auf Grund des ihm zustehenden gesetzlichen Pfandrechts an den Zubehörstücken erfolgt (P. II Bd. 2 S. 249, Bd. 6 S. 248). Eine Pfändung kommt da sie nach CPO. § 865 Abs. 2 Satz 1 unzulässig ist, nicht in Betracht.

4. **Beweislast.** Daß die Voraussetzungen des § 1122 gegeben sind und infolgedessen die Haftung der Bestandteile oder Zubehörstücke erloschen ist, hat der Gegner des Hypothekengläubigers zu beweisen. Den letzteren trifft nur die Beweislast hinsichtlich der Frage, ob die Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt ist

§ 1123.

E. I § 1067 Nr. 4, § 1069 Abs. 3; II § 1031 rev. § 1107; III § 1106. P. I S. 5007 ff., 5022 f., 5032 f., 11928, 11975 f., 11995; M. III S. 651, 657 ff., 664. P. II Bd. 3 S. 549 f., 553 ff., 556, 560 ff.

Burchard in Z. f. CP. 32 S. 183 ff.

1. **Die Haftung der Miet- und Pachtzinsforderungen** aus einem das Grundstück betreffenden Vertrag entspricht dem bisherigen Rechte, wenn sie auch in diesem in verschiedener Weise

geregelt war (vgl. M. III S. 657 ff.). Die Haftung der Pachtzinsforderung tritt an die Stelle der Haftung der dem Pächter gebührenden Früchte, welche durch die oben S. 548 Erl. 2d zu § 1120 angeführte Vorschrift des § 21 Abs. 3 des ZVG. dem Zugriffe der Hypothekengläubiger entzogen sind. Deshalb „haftet die Pachtzinsforderung gerade so, wie die Früchte, wenn das Grundstück nicht verpachtet ist" (M. III S. 658).

Das gleiche gilt von der Mietzinsforderung; auch sie tritt an Stelle der dem Mieter gebührenden Nutzung, die diesem trotz einer Beschlagnahme des Grundstücks verbleibt (M. III a. a. O.). Nach dem ZVG. §§ 57, 152 verliert ein Miet- oder Pachtvertrag, sofern das Grundstück vor der Beschlagnahme dem Mieter oder Pächter überlassen ist, weder durch eine Zwangsverwaltung noch auch durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren seine Wirksamkeit.

2. Umfang der Haftung. Nach Analogie der natürlichen Früchte beginnt die Haftung der Miet- und Pachtzinsforderungen nicht erst mit dem Augenblicke der Beschlagnahme des Grundstücks, sondern mit der Hypothekbestellung oder der späteren Entstehung des Miet- oder Pachtverhältnisses und erstreckt sich nicht etwa, wie nach einigen früheren Landesrechten, nur auf die zur Zeit der Beschlagnahme noch nicht fälligen und auch nicht, wie Dernburg III § 229 meint, auf die erst nach der Hypothekbestellung fällig werdenden Forderungen, sondern grundsätzlich auf alle Zinsbeträge, welche für die Zeit nach der Bestellung der Hypothek zu entrichten sind. Auf die Zeit der Fälligkeit kommt es nicht an. Dies ergibt sich daraus, daß die Miet- und Pachtgelder an die Stelle der natürlichen Früchte treten. Das Verhältnis ist hier ein ähnliches wie bei dem Nießbrauch an einer verzinslichen Forderung. Wie bei diesem dem Nießbraucher die Zinsen für die Zeit von der Bestellung des Nießbrauchs an gebühren, so unterliegen hier der Hypothek die Miet- oder Pachtgelder, welche für die Zeit von der Bestellung der Hypothek an zu entrichten sind (vgl. M. III S. 658; a. M. Turnau-Förster I S. 649 Erl. 5, Oberneck I S. 771, Staudinger III S. 404 Erl. 2, welche auch die zur Zeit der Bestellung rückständigen Zinsbeträge für verhaftet erklären). Gleichgültig ist es, ob das Grundstück von dem Eigentümer, dem Eigenbesitzer oder einem dem Hypothekengläubiger im Range nachstehenden Nießbraucher vermietet oder verpachtet ist (vgl. P II Bd. 3 S. 554 f.) sowie ob der Miet- oder Pachtzins in Geld oder in anderen Leistungen besteht.

Wie bei den natürlichen Früchten gelten aber auch bei diesen bürgerlichen Früchten **Einschränkungen.** Um nicht zu tief in die wirtschaftliche Freiheit des Eigentümers einzugreifen und den Mobiliarverkehr nicht zu stark zu schmälern, beschränkt das BGB. die Haftung der Miet- und Pachtzinsforderungen und läßt sie teils durch Zeitablauf, teils durch Verfügungen erlöschen (vgl. § 1123 Abs. 2 und Erl. 5, § 1124). Jedoch sollen dem Hypothekengläubiger unter allen Umständen die Miet- und Pachtzinsen für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr haften (vgl. § 1123 Abs. 2 Satz 2, § 1124 Abs. 2, § 1125; M. III S. 664; P. II Bd. 3 S. 562; Hachenburg, Beiträge S. 76 f.).

3. Daß **die Beschlagnahme** der Miet- und Pachtzinsforderungen nicht durch Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens, sondern nur im Zwangsverwaltungsverfahren oder durch Pfändung erfolgt, ist oben S. 544 f. Vorbm. 3 vor § 1120 bereits erwähnt. Die Einziehung dieser Forderung erfolgt also entweder durch den in jenem Verfahren bestellten Verwalter (ZVG. § 152 Abs. 1) oder von dem Hypothekengläubiger, dem die gepfändete Forderung überwiesen ist.

Die Pfändung kann auch auf Grund eines Arrestbefehls stattfinden. Nach Rspr. 7 S. 38, 8 S. 207 soll aber der Hypothekengläubiger nicht schon um seines Hypothekenrechts willen wegen der Gefährdung der Hypothek, unabhängig von den allgemeinen Voraussetzungen des Arrestes die Anordnung eines solchen beanspruchen können. Dagegen hat das RG. 52 S. 138 die Anordnung einer Zwangsverwaltung im Wege einstweiliger Verfügung auf Grund des § 935 CPO. für zulässig erklärt, wenn die im § 935 erwähnte Besorgnis in bezug auf ein Hypothekenrecht durch die Gefahr begründet wird, daß die Haftung der Mietzinsforderung durch Einziehung oder sonstige Verfügung zum Erlöschen gebracht wird.

4. Mithaft akzessorischer Rechte. Bei der Einziehung können auch die mit den Miet- und Pachtzinsforderungen verknüpften akzessorischen Rechte geltend gemacht werden, insbesondere auch das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters an den eingebrachten Sachen des Mieters und Pächters sowie bei der Verpachtung eines landwirtschaftlichen Grundstücks auch das Pfandrecht an den Früchten des Grundstücks (§§ 559—563, 585; a. M. Turnau-Förster I S. 650 Erl. 6, Willenbücher S. 168 Erl. 3). Wenn v. Brünneck in Gruch. 44 S. 105 ff. das Pfandrecht an den Früchten ausschließen will, weil sonst dem Pächter das ihm durch § 1120 gewährte Recht wieder genommen würde, so ist dem entgegenzuhalten, daß der

§. 1124. Wird der Mieth- oder Pachtzins eingezogen, bevor er zu Gunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, oder wird vor der Beschlagnahme in anderer Weise über ihn verfügt, so ist die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam. Besteht die Verfügung in der Uebertragung der Forderung auf einen Dritten, so erlischt die Haftung der Forderung; erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung, so geht es der Hypothek im Range vor.

Die Verfügung ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf den Mieth- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht.

Der Uebertragung der Forderung auf einen Dritten steht es gleich, wenn das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird.

Hypothekengläubiger nur das Recht des Verpächters ausüben kann und daß die Rechte des Pächters nicht geschmälert werden, wenn das Pfandrecht des Verpächters nicht von diesem, sondern von dem Hypothekengläubiger ausgeübt wird.

5. Erlöschen der Haftung mit Ablauf eines Jahres (Abs. 2). Die Beschlagnahme muß nach § 1123 Abs. 2 spätestens innerhalb eines Jahres nach der Fälligkeit der einzelnen Miet- oder Pachtzinsrate erfolgen, widrigenfalls deren Haftung erlischt. Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, „daß die Haftung älterer Rückstände nicht selten schärfer als nötig in die wirtschaftliche Freiheit des Eigentümers eingreift, zumal der Hypothekengläubiger, der längere Zeit von einer Beschlagnahme dieser Rückstände absieht, hierdurch zu erkennen gibt, daß er sich an dieselben nicht halten will" (M. III S. 664).

Diese Bestimmung gilt aber uneingeschränkt nur für den in §§ 551, 584 aufgestellten Regelfall, daß der Miet- oder Pachtzins am Ende der Miet- oder Pachtzeit oder nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist. Ist die Vorausbezahlung vereinbart, so kommt der in Erl. 2 a. E. erwähnte Satz zur Anwendung, daß dem Hypothekengläubiger der Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und folgende Kalendervierteljahr verbleiben muß. Wenn also z. B. der Mietzins am 1. April 1901 auf zwei Jahre im voraus zu entrichten war, aber nicht bezahlt ist, und die Beschlagnahme am 1. Mai 1902 erfolgt, so kann sich der Mieter hinsichtlich des Mietzinses für die Zeit vom 1. Oktober 1902 bis zum 1. April 1903 nicht auf die Vorschrift des § 1123 Abs. 2 Satz 1 berufen; dieser Zins haftet dem Hypothekengläubiger, trotzdem er schon länger als ein Jahr fällig ist. Ist vor der Beschlagnahme der Mietzins bereits bezahlt oder ist in anderer Weise über ihn verfügt worden, so kommt die entsprechende Vorschrift des § 1124 Abs. 2 zur Anwendung.

§ 1124.

E. I § 1069 Abs. 1, 2; II § 1032 rev. § 1108; III § 1107. P. I S. 5007 ff., 5022 f., 11974 f., 11995; M. III S. 663 f. P. II Bd. 3 S. 560 ff.

1. Verfügungen über den Miet- oder Pachtzins. Wie oben S. 544 Vorbm. 2 vor § 1120 bereits erwähnt wurde, ist der Eigentümer oder der sonstige Vermieter oder Verpächter (oben S. 554 Erl. 2 zu § 1123) in der Verfügung über die mithaftenden Gegenstände bis zu deren Beschlagnahme grundsätzlich unbeschränkt. Er kann daher auch die Miet- und Pachtzinsforderungen einziehen, sie erlassen, übertragen, belasten oder in anderer Weise über sie verfügen. Die Hypothekengläubiger müssen diese Verfügungen, sofern sie vor der Beschlagnahme (vgl. oben S. 544 ff. Vorbm. 3 vor § 1120) erfolgt sind, gegen sich gelten lassen. Die Haftung der Forderung erlischt also, insoweit diese vor der Beschlagnahme bezahlt oder auf andere Weise getilgt wird, oder wenn die Forderung auf einen Dritten übertragen oder umgekehrt die Verbindung zwischen dem Grundstück und der Forderung dadurch gelöst wird, daß das Grundstück veräußert und die Forderung auf den Erwerber nicht mitübertragen wird (vgl. M. III S. 663). In welcher Art die Tilgung der Forderung erfolgt, ob durch Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt oder durch Aufrechnung von Seiten des Vermieters oder Verpächters, ist gleichgültig; auch die Tilgung durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung von seiten des Mieters oder Pächters dürfte, obwohl der Wortlaut der Vorschrift diese Fälle nicht mit trifft, doch nach der Absicht des Gesetzes ebenso zu behandeln sein (vgl. auch § 1125). Besteht die Verfügung in einer Belastung (z. B. Ver-

§. 1125. Soweit die Einziehung des Mieth- oder Pachtzinses dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist, kann der Miether oder der Pächter nicht eine ihm gegen den Vermiether oder den Verpächter zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger aufrechnen.

---

pfändung, vgl. dazu Oberneck I S. 770) der Forderung, so bleibt die Haftung zwar bestehen, aber das Recht des Dritten geht der Hypothek im Range vor; mit dem Kammergerichte (Rspr. 4 S. 328) wird man als eine solche Verfügung über die Mietzinsen auch die Bestellung eines Nießbrauchs an dem belasteten Grundstück anzusehen haben. Das Geleistete oder das Entgelt für die sonstigen Verfügungen tritt nicht an Stelle der Forderung in die Haftung ein.

Den rechtsgeschäftlichen Verfügungen durch den Vermieter oder Verpächter stehen Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung gleich; ein vor der Beschlagnahme erwirktes Pfändungspfandrecht geht also der Hypothek vor und die Einziehung der Forderung durch den Pfändungspfandgläubiger sowie die Überweisung an Zahlungsstatt bringen die Haftung zum Erlöschen (RG. 58 S. 185, 59 S. 177; Rspr. 4 S. 229, 7 S. 25, 8 S. 208, 10 S. 122; Bendix in JW. 1902 S. 58, Kuhn das. S. 283, Lafrenz das. S. 352; a. M. Schönfeld im Recht 1903 S. 572). Auch eine Beschlagnahme im Zwangsverwaltungsverfahren muß der Hypothekengläubiger, der diesem Verfahren nicht beitritt, gegen sich gelten lassen; nur wegen der laufenden Beträge wiederkehrender Leistungen kann er auf Grund seiner Hypothek Befriedigung vor dem betreibenden Gläubiger beanspruchen (ZVG. § 155 Abs. 2; Fischer u. Schaefer S. 521 Erl. 2 zu § 155, S. 527 Erl. 2 zu § 157).

Wie in dem Falle des § 1121 gilt auch hier für Verfügungen des Konkursverwalters nichts besonderes (S. 550 Erl. 2 zu § 1121; RG. 23 S. 54, 52 S. 138, in JW. 1903 Beil. 101).

2. Auch in diesem Falle müssen aber dem Hypothekengläubiger **die Miet- und Pachtzinsen für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr** verbleiben (oben S. 554 f. Erl. 2, 5 zu § 1123). Jede Einziehung oder sonstige Verfügung ist daher dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf diese Miet- und Pachtzinsen bezieht. Der Hypothekengläubiger, zu dessen Gunsten die Beschlagnahme erfolgt ist, oder der Zwangsverwalter (ZVG. § 152; Rspr. 8 S. 6; Fischer u. Schaefer S. 510 Erl. 7) kann also trotz der Vorauszahlung die nochmalige Zahlung dieser Zinsen fordern; dem Pächter und Mieter gegenüber kommt aber als Zeitpunkt der Beschlagnahme erst die Zeit in Betracht, in welchem die Beschlagnahme ihnen bekannt oder das auf Antrag des Gläubigers oder des Zwangsverwalters erlassene Zahlungsverbot ihnen zugestellt wird (ZVG. § 22 Abs. 2, § 151 Abs. 3; vgl. Fischer u. Schaefer S. 215 Erl. 2 zu § 22). An den Dritten, z. B. den Zessionar oder den Pfandgläubiger des Vermieters oder des Verpächters, welcher vor der Beschlagnahme den Zins für die spätere Zeit im voraus eingezogen hat, kann sich der Hypothekengläubiger nicht halten, weil weder die Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung noch die der unerlaubten Handlungen vorliegen (a. M. Fuchs S. 421 Erl. 4a).

Während das preuß. Ges. über den Eig.Erw. § 31 die Vorauserhebung, Abtretung und Verpfändung von Pacht- und Mietzinsen auf mehr als ein Vierteljahr nur für unwirksam erklärte, „soweit sie zum Nachteil der eingetragenen Gläubiger gereicht", hat das BGB. die letztere Einschränkung fallen lassen; damit erledigen sich die hieran geknüpften Streitfragen (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 188 f. Erl. 1 zu § 31 des Eig.Erw.Ges.).

3. **Eine Verfügung, die nach der Beschlagnahme erfolgt,** ist gegenüber dem Hypothekengläubiger, zu dessen Gunsten die Beschlagnahme erfolgt ist, ohne Wirkung (vgl. oben S. 544 f. Vorbm. 3a vor § 1120). Gegenüber dem Pächter und Mieter wirkt aber, wie erwähnt, die Beschlagnahme erst, wenn er sie erfährt oder ein Zahlungsverbot zugestellt erhält. Zahlt er z. B. vorher, wenn auch nach der Beschlagnahme an den Verpächter oder Vermieter, dessen Zessionar oder Pfandgläubiger, so kann sich der Hypothekengläubiger nicht an jenen, sondern nur an diese halten; diese haften ihm nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, der unerlaubten Handlungen oder auch der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 687 Abs. 2), je nachdem sie gutgläubig sind oder nicht.

§ 1125.

E. II § 1033 rev. § 1109; III § 1108. M. I S. 1197 f. P. II Bd. 3 S. 561 f.

1. **Unzulässigkeit der Aufrechnung.** Wenn der Hypothekengläubiger die zu seinen Gunsten gepfändete und ihm überwiesene Miet- oder Pachtzinsforderung, oder wenn der Zwangsverwalter

§. 1126. Ist mit dem Eigenthum an dem Grundstück ein Recht auf wiederkehrende Leistungen verbunden, so erstreckt sich die Hypothek auf die Ansprüche auf diese Leistungen. Die Vorschriften des §. 1123 Abs. 2 Satz 1, des §. 1124 Abs. 1, 3 und des §. 1125 finden entsprechende Anwendung. Eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung über den Anspruch auf eine Leistung, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird, ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam.

---

gemäß ZVG. § 152 die von der Beschlagnahme erfaßte Forderung gegen den Mieter oder Pächter geltend macht, so kann dieser mit einer Gegenforderung gegen den Vermieter oder Pächter aufrechnen, da jene nur die Forderung des Schuldners an dessen Stelle einziehen. Dies beschränkt § 1125, „soweit die Einziehung des Miet- oder Pachtzinses dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist". Danach ist gegenüber der Forderung des Miet- oder Pachtzinses für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegen den Vermieter und Verpächter unzulässig.

2. Ein etwaiges **Zurückbehaltungsrecht** des Mieters oder Pächters wird durch die Vorschrift des § 1125 nicht eingeschränkt (vgl. Bd. II S. 65 Erl. 2aγ zu § 273, S. 263 Erl. 2 zu § 394; a. M. Staudinger III S. 407 Erl. 2b).

§ 1126.

E. I § 1067 Nr. 4, § 1069; II § 1034 rev. § 1110; III § 1109. P. I S. 5007 ff., 5022 f., 5032 f., 11974 ff., 11995; M. III S. 652, 689, 663 f. P. II Bd. 3 S. 560 ff.

1. **Mithaft der subjektiv dinglichen Rechte.** Nach § 96 des BGB. gelten Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind, als Bestandteile des Grundstücks.

a) **Die einzelnen subjektiv dinglichen Rechte.** Als solche Rechte kennt das BGB. die Grunddienstbarkeiten und, sofern sie zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden, die Vorkaufsrechte und die Reallasten (§ 1018, § 1094 Abs. 2, § 1105 Abs. 2). Zu den letzteren ist in der hier fraglichen Beziehung auch die Rente für einen Überbau oder für einen Notweg (§§ 912—917, oben S. 180 ff.) zu zählen; bei einem Überbau haftet für die Hypotheken des überbauten Grundstücks nur die Rente, nicht der auf diesem befindliche Teil des Gebäudes, da dieser nicht einen Bestandteil des überbauten Grundstücks, sondern desjenigen Grundstücks bildet, von dem aus über die Grenze gebaut ist. Dazu kommen landesrechtlich geregelte subjektiv dingliche Rechte, die durch das EG. den Landesgesetzen vorbehaltenen Rechtsgebieten oder dem öffentlichen Rechte angehören.

b) **Haftung derselben.** Alle diese Rechte haften, wenn sie dem jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks zustehen, als dessen Bestandteile für die Hypotheken und Grundschulden, einerlei ob sie nach § 8 der GBO. auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks vermerkt sind oder nicht. Ohne Bedeutung ist es auch, ob sie vor oder nach der Hypothekbestellung begründet oder Bestandteil des Grundstücks geworden sind. Daß sie nach ihrer Bestellung erst Bestandteil des Grundstücks werden, kann übrigens bei den Grunddienstbarkeiten, den Vorkaufsrechten und den Reallasten nicht vorkommen; die erstgenannten sind begrifflich stets mit einem bestimmten herrschenden Grundstücke verknüpft und die nicht als subjektiv dingliche Rechte, sondern zugunsten einer bestimmten Person bestellten Vorkaufsrechte oder Reallasten können nicht nachträglich mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden (§ 1103 Abs. 2, § 1111 Abs. 1).

Umgekehrt können die Grunddienstbarkeiten sowie die subjektiv dinglichen Vorkaufsrechte und Reallasten auch nicht von dem Eigentum an dem herrschenden Grundstücke getrennt werden (§ 1103 Abs. 1, § 1110). Auf sie findet deshalb die Vorschrift des § 1120, welche die Haftung der Bestandteile nach ihrer Trennung beschränkt, keine Anwendung. Zweifelhaft kann sein, ob der § 1120 auf landesrechtlich geregelte subjektiv dingliche Rechte, deren Trennung von dem Grundstücke nach dem Landesrechte rechtlich möglich ist, Anwendung findet. Eine direkte Anwendung dürfte ausgeschlossen sein, da der § 1120, wie sich aus dessen Fassung ergibt, nur an körperliche Bestandteile des Grundstücks denkt, die mit der Trennung als selbständige Sachen in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks oder einer anderen Person fallen. Eine entsprechende Anwendung aber dürfte zulässig sein, weil dem § 1120 offenbar der Gedanke zugrunde liegt, daß ein der Hypothek unterliegender Bestandteil regelmäßig dadurch, daß er von dem Grundstücke getrennt wird, von der Haftung nicht befreit wird. Dagegen erscheint eine entsprechende Anwendung der §§ 1121, 1122 bedenklich; insbesondere ist in Ermangelung einer innerhalb eines

§. 1127. Sind Gegenstände, die der Hypothek unterliegen, für den Eigenthümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks unter Versicherung gebracht, so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer.

Die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist.

Vorbehalts des EG. liegenden landesrechtlichen Norm, die das Erlöschen der Haftung anordnet, nicht anzunehmen, daß die Rechte durch eine Trennung und Veräußerung aus der Mithaft ausscheiden.

c) Die Beschlagnahme der subjektiv dinglichen Rechte erfolgt durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung in das Grundstück selbst. Spätere Verfügungen des Eigentümers über die subjektiv dinglichen Rechte, insbesondere deren Aufhebung, ist dem betreibenden Gläubiger gegenüber ohne Wirkung (vgl. oben S. 544 Vorbm. 3 a vor § 1120).

2. Haftung der Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen aus subjektiv dinglichen Rechten. Das in Erl. 1 Gesagte ergibt sich aus der Natur der subjektiv dinglichen Rechte als Bestandteile und bedurfte keiner besonderen Vorschrift. Der § 1126 regelt auch die Haftung dieser Rechte als solcher nicht, sondern begrenzt nur die Haftung der Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen aus einem subjektiv dinglichen Rechte in ähnlicher Weise, wie dies durch §§ 1123—1125 hinsichtlich der Miet- und Pachtzinsforderungen geschieht.

a) Wiederkehrende Leistungen haben von den im BGB. geregelten subjektiv dinglichen Rechten regelmäßig nur die Reallasten, einschließlich der Renten für einen Überbau und für einen Notweg, zum Gegenstand. Ausnahmsweise können auch bei den Grunddienstbarkeiten Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen vorkommen, wenn nämlich der Eigentümer des belasteten Grundstücks zur Unterhaltung einer Anlage gemäß §§ 1021, 1022 verpflichtet ist. Dagegen gehört das Vorkaufsrecht, auch wenn es für mehrere Verkaufsfälle bestellt ist, nicht hierher (anders Fuchs S. 423), denn es geht überhaupt nicht auf eine Leistung.

b) Die Beschlagnahme der Ansprüche auf die wiederkehrenden Leistungen erfolgt nicht durch Einleitung der Zwangsversteigerung, sondern durch Zwangsverwaltung des Grundstücks oder durch Pfändung der Ansprüche (vgl. oben S. 544 f. Vorbm. 3 vor § 1120).

c) Erlöschen der Haftung nach einem Jahre. Nach § 1123 Abs. 2 Satz 1 werden die Ansprüche auf die wiederkehrenden Leistungen von der Haftung frei, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres nach ihrer Fälligkeit beschlagnahmt werden (vgl. oben S. 555 Erl. 5 zu § 1123). Anders als bei den Miet- und Pachtzinsforderungen tritt das Erlöschen der Haftung mit dem Ablaufe des Jahres selbst dann ein, wenn die wiederkehrenden Leistungen im voraus zu entrichten sind; § 1124 Abs. 2 Satz 2 ist im § 1126 nicht für anwendbar erklärt, „da die in Rede stehenden Leistungen häufig in Jahresraten zu bewirken seien und sich häufig nicht mit Sicherheit sagen lasse, ob die Leistung pränumerando oder postnumerando gemacht werde“ (P. II Bd. 3 S. 562).

d) Wirksamkeit der Verfügungen und Zulässigkeit der Aufrechnung. Dieselbe Erwägung hat zu der Abänderung der Vorschrift des § 1124 Abs. 2 durch § 1126 Satz 3 geführt, nach welchem nicht die Ansprüche für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr, sondern die Ansprüche auf Leistungen, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig werden, dem Hypothekengläubiger verbleiben. Im übrigen finden die §§ 1124, 1125 auf die Ansprüche auf die wiederkehrenden Leistungen Anwendung. Demnach ist die Einziehung der wiederkehrenden Leistungen sowie jede andere Verfügung über diese vor der Beschlagnahme (vgl. S. 555 f. Erl. 1 zu § 1124) dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam, sofern die Verfügung nicht den Anspruch auf eine erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällige Leistung zum Gegenstande hat. Soweit die Einziehung unwirksam ist, kann der Drittschuldner nicht eine ihm gegen den Eigentümer zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger aufrechnen (vgl. die Erl. zu § 1125; s. auch S. 556 Erl. 3 zu § 1124).

§ 1127.

E. I § 1067 Nr. 5, § 1070 Abs. 1 Satz 1; II § 1035 rev. § 1111; III § 1110. P. I S. 5008 ff., 5025 ff., 5029 ff.; M. III S. 651, 659 f., 664 f. P. II Bd. 3 S. 555 f., 562 f.; Bd. 6 S. 243 f.

Girth, Die Rechte des Hypothekengläubigers an der Forderung gegen den Versicherer (1903); Reinbeck, Die Haftung der Versicherungsforderung für Hypotheken und Grundschulden (1905); Stör in Bl. f. RAnw. 1903 S. 309 ff., 329 ff.

1. **Haftung der Versicherungsforderungen.** Die Haftung des belasteten Grundstücks oder der Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, erlischt grundsätzlich mit deren Untergang und ergreift nicht etwa den Ersatzanspruch, den der Eigentümer infolge des Umstandes, der den Untergang herbeigeführt hat, für den untergegangenen Gegenstand erlangt. Auch Ersatzansprüche für Beschädigungen dieser Gegenstände unterliegen nicht dem Rechte der Hypothekengläubiger. Hiervon macht das BGB. jedoch für die Forderungen aus der Versicherung der der Hypothek unterliegenden Gegenstände eine Ausnahme. Nach dem Vorgange der Gesetze der meisten deutschen Staaten, deren Vorschriften freilich im einzelnen von denen des BGB. erheblich abweichen (vgl. M. III S. 659, Reinbeck a. a. O. S. 9ff.), unterwirft das BGB. die Versicherungsforderungen als Surrogate der versicherten Sachen der hypothekarischen Haftung insoweit, als die Hypothek sich auf die versicherten Sachen erstreckt, weil ein schwerwiegendes praktisches Bedürfnis dafür spricht (vgl. M. III S. 659f.; Hachenburg, Beiträge S. 78f.; Reinbeck a. a. O. S. 54ff.).

Eine zweite hier nicht näher zu erörternde Ausnahme gilt für das Enteignungsrecht und für die Grundstücksbeschädigungen durch Bergbau. Wenn nach den maßgebenden Reichs- oder Landesgesetzen dem Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks eine Entschädigung gewährt wird, der durch die Enteignung oder die Beschädigung beeinträchtigte Hypothekengläubiger aber eine besondere Entschädigung nicht erhält, so hat der Hypothekengläubiger, soweit sein Recht beeinträchtigt wird, Anspruch auf die Entschädigungssumme. Für die landesrechtlich geregelten Enteignungsfälle gilt dies aber nur in Ermangelung anderer Bestimmungen (s. Bd. VI S. 147ff., 174, 228ff. Erl. zu Art. 52—54, 67, 109).

2. „**Den Gegenstand der Haftung** bilden nicht, wie mehrere Landesgesetze sich ungenau ausdrücken, die Versicherungsgelder, sondern die Forderungen aus der Versicherung" (M. III S. 660), und zwar unter folgenden Voraussetzungen:

a) Diejenigen Gegenstände, welche der Hypothek unterliegen, müssen unter Versicherung gebracht sein, also entweder das Grundstück selbst oder dessen Bestandteile, insbesondere Gebäude, stehende oder hängende Früchte, getrennte Bestandteile oder auch Zubehörstücke; auch Miet- und Pachtzinsforderungen sind nicht ausgenommen. Ist zur Zeit des Eintritts des Schadens, für den auf Grund der Versicherung Ersatz begehrt werden kann, die Haftung der versicherten beweglichen Gegenstände gemäß §§ 1120ff. bereits erloschen, so steht dem Hypothekengläubiger ein Recht an der Versicherungsforderung nicht zu. Dagegen steht es der Haftung dieser Forderung nicht entgegen, daß der Schaden bereits zur Zeit der Bestellung der Hypothek eingetreten war (a. M. Schneider im Arch. f. civ. Pr. 90 S. 470f.).

b) Gegen welche Gefahr sie versichert sind, ist ohne Belang. Insbesondere kommt auch für die Gebäude (anders als z. B. nach dem preuß. Ges. über den EigErw. § 30) nicht nur die Feuerversicherung in Betracht.

c) Die Gegenstände müssen „**für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks**" unter Versicherung gebracht sein. Damit ist nicht gesagt, daß diese die Versicherungsverträge abgeschlossen haben müssen. Im E. II § 1035 war der Versicherung durch den Eigentümer oder den Eigenbesitzer nur der Fall gleichgestellt, daß der Nießbraucher gemäß § 1045 (vgl. §§ 1046, 1077—1079) versichert hat; im E. II rev. § 1111 hat dies die zweite Kommission geändert und in allen Fällen, in denen ein Dritter für Rechnung des Eigentümers oder des Eigenbesitzers die Versicherung genommen hat, den Anspruch auf die Versicherungssumme der hypothekarischen Haftung unterworfen, weil es dem Wesen der Surrogation entspreche, wenn sich die Hypothek auf alle diejenigen Versicherungen erstrecke, bei denen der Eigentümer oder der Eigenbesitzer einen unmittelbaren Anspruch erlange, und es keinen Unterschied begründen könne, ob die Versicherung von dem Eigentümer oder dem Eigenbesitzer selbst oder von einem Dritten für Rechnung dieser Personen genommen worden sei (P. II Bd. 6 S. 244).

3. **Beschränkung der Haftung.** Die Frage, inwieweit der Versicherte durch die Erstreckung der Haftung auf die Forderungen in der Verfügung über diese beschränkt ist, insbesondere ob er vor der Beschlagnahme der Forderungen befugt ist, durch ihre Einziehung oder durch eine sonstige Verfügung das Erlöschen der Haftung herbeizuführen, wird in dem Gesetze für die Gebäudeversicherung und für die Versicherung anderer Gegenstände verschieden beantwortet, entsprechend dem Grundgedanken, daß die Forderungen als Surrogate der versicherten Gegenstände verhaftet sind, und daß der Eigentümer wohl über Früchte und Zubehör, nicht aber über die Gebäude zum Nachteile der Hypothekengläubiger verfügen kann. Deshalb ist grundsätzlich die Verfügung über die Forderung aus einer Gebäudeversicherung von vornherein ausgeschlossen, die über sonstige Versicherungsforderungen aber bis

§. 1128. Ist ein Gebäude versichert, so kann der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten erst zahlen, wenn er oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat und seit dem Empfange der Anzeige ein Monat verstrichen ist. Der Hypothekengläubiger kann bis zum Ablaufe der Frist dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprechen. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist; in diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkt an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird.

Im Uebrigen finden die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften Anwendung; der Versicherer kann sich jedoch nicht darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Hypothek nicht gekannt habe.

---

zur Beschlagnahme zulässig (vgl. die §§ 1128, 1129 nebst Erl.; Stör a. a. O. S. 318, 337; Schneider im Arch. f. civ. Pr. 90 S. 440).

Die Haftung einer jeden Versicherungsforderung ohne Unterschied, ob ein Gebäude oder ein sonstiger Gegenstand versichert ist, **erlischt** aber:

a) wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist (§ 1127 Abs. 2). Die Haftung der Versicherungsforderung ist im Interesse des Realkredits ausgesprochen, um den Hypothekengläubiger gegen den Schaden zu schützen, welchen er durch den Untergang oder durch die Beschädigung der versicherten Gegenstände infolge der Zufälle erleidet, gegen welche die Versicherung genommen worden ist. Dieser Schaden wird für den Hypothekengläubiger durch die Wiederherstellung der von der Gefahr betroffenen Gegenstände oder durch Wiederbeschaffung ähnlicher Sachen ausgeglichen; die wiederhergestellten und die wiederbeschafften Gegenstände treten an die Stelle der beschädigten und zerstörten und unterliegen dem hypothekarischen Rechte wie diese. Deshalb erlischt hiermit die Haftung der Versicherungsforderung und zwar kraft Gesetzes. Dem Versicherten steht nicht etwa bloß ein obligatorischer Anspruch auf Entlassung der Forderung aus der Hypothek zu, wie nach einigen früheren Gesetzen (vgl. M. III S. 665). Das Erlöschen tritt aber nur ein, wenn der jetzige Zustand dem früheren im Werte mindestens gleichkommt. Bleibt er hinter diesem zurück, so dauert die Haftung, und zwar völlig, nicht nur bezüglich der Differenz fort (s. Reinbeck a. a. O. S. 117f.). Etwaige Streitigkeiten über diesen Punkt sind im Prozeßweg auszutragen;

b) wenn der Versicherer auf Grund der Versicherungsbestimmungen, welche ihn nur verpflichten, die Versicherungssumme zur Herstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen, an den Versicherten gezahlt hat (vgl. § 1130 nebst Erl.).

4. Vorbehalte für die Landesgesetze. Die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 1127 bis 1130 kann landesgesetzlich auf Grund der Art. 110, 120 Abs. 2 Nr. 3 des EG. eingeschränkt werden. Nach Art. 110 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche für den Fall, daß zerstörte Gebäude in anderer Lage wiederhergestellt werden, die Rechte an den beteiligten Grundstücken regeln, und Art. 120 erhält die landesgesetzlichen Vorschriften über die Unschädlichkeitszeugnisse aufrecht; auf Grund eines solchen Zeugnisses kann auch der Versicherungsanspruch (sowie der in Erl. 1 a. E. erwähnte Entschädigungsanspruch auf Grund des Art. 53 des EG.) von dem Rechte des Hypothekengläubigers befreit werden (vgl. Bd. VI S. 230, 241ff.).

§ 1128.

E. I § 1070 Abs. 2; II § 1036 rev. § 1112; III § 1111. P. I S. 5006ff., 5027ff., 6240, 6246; M. III S. 666f. P. II Bd. 3 S. 563ff. RB. S. 2005.

Schneider im Arch. f. civ. Pr. 90 S. 440ff.

1. **Haftung der Forderung aus einer Gebäudeversicherung.** Wie oben Erl. 3 zu § 1127 bereits erwähnt, beantwortet das BGB. die Frage, ob und inwieweit die Legitimation des Versicherten, über die Versicherungsforderungen zu verfügen, durch das Recht der Hypothekengläubiger beeinflußt wird, anders für die Gebäudeversicherung als für die Versicherung sonstiger Gegenstände. Wie der Eigentümer über das Grundstück selbst und also auch über das Gebäude zum Nachteile der Hypothekengläubiger nicht verfügen kann, so wird ihm auch die Verfügung über die Forderung aus einer Gebäudeversicherung als Surrogat des Gebäudes untersagt. Dies bestimmt § 1128.

2. Die Vorschriften des § 1128 finden nur auf die **Gebäudeversicherung**, nicht auf sonstige Liegenschaftsversicherung Anwendung. „Der Anregung, auch den Fall der Versicherung eines Waldes ins Auge zu fassen und auch aus diesem Grunde statt von „Gebäudeversicherung" von „Immobiliarversicherung" zu sprechen, wurde nur deswegen nicht stattgegeben, weil das Institut der Waldversicherung erst im Entstehen begriffen sei" (P. II Bd. 3 S. 567).

Nach § 1127 kommen hier nur solche Gebäude in Betracht, die von der Hypothek ergriffen werden, also nur diejenigen, welche Bestandteile des belasteten Grundstücks bilden. Bezüglich der Hypotheken an Erbbaurechten s. oben S. 355 Erl. 2c zu § 1017 (vgl. Schneider a. a. O. S. 442f.; Girth a. a. O. S. 23ff., 78ff.).

„Die Gebäudeversicherung umfaßt nicht bloß die Feuerversicherung, sondern auch die Versicherung gegen Explosionsgefahr und dergl., nicht aber die Glas- oder Spiegelscheibenversicherung" (M. III S. 667).

3. **Rechte des Hypothekengläubigers an der Versicherungsforderung.** Der § 1128 entzieht dem Versicherten die Verfügung über die Forderung aus einer Gebäudeversicherung, indem er die Vorschriften über das Forderungspfandrecht, mit zwei Modifikationen, für anwendbar erklärt. Es gilt also die Versicherungsforderung von vornherein, auch bevor sie im Wege der Zwangsvollstreckung beschlagnahmt ist (vgl. oben S. 544f. Vorbm. 3 vor § 1120), als dem Hypothekengläubiger verpfändet (abw. Schneider a. a. O. S. 451ff., nach dem erst durch den Widerspruch ein Pfandrecht erworben wird, während vorher nur dieselbe Haftung besteht wie bei sonstigen Forderungen, auf die sich die Hypothek erstreckt; dagegen Reinbeck a. a. O. S. 94ff.).

a) Zahlung der Entschädigungssumme. Nach den Bestimmungen über das Forderungspfandrecht kann der Versicherer die Versicherungssumme, richtiger die Entschädigungssumme (s. Tarnke in DJZ. 1901 S. 70, Girth a. a. O. S. 27ff.) nie an den Versicherten allein zahlen, sondern bis zur Fälligkeit der Hypothekenforderung nur an den Versicherten und den Hypothekengläubiger gemeinschaftlich und nach der Fälligkeit an den letzteren allein, soweit dies zu seiner Befriedigung erforderlich ist (vgl. §§ 1281, 1282). Eine Zahlung an den Versicherten allein würde also den Versicherer dem Hypothekengläubiger gegenüber nicht befreien (vgl. Girth a. a. O. S. 50ff.), es sei denn, daß dieser seine Zustimmung erklärt hätte. Dies ändert § 1128 Abs. 1 in der Erwägung, daß eine ausdrückliche Zustimmung der Hypothekengläubiger meist schwer zu erbringen ist, auch wenn diese gar nicht beabsichtigen, der Auszahlung zu widersprechen und ihr Hypothekenrecht an der Versicherungsforderung geltend zu machen. Deshalb läßt das Gesetz die Zahlung an den Versicherten schon dann zu, wenn die Hypothekengläubiger einer an sie erfolgten Mitteilung von dem Schadensfall ungeachtet es unterlassen haben, innerhalb einer angemessenen Frist ihren Willen, sich an die Versicherungsgelder zu halten, zu erkennen zu geben (P. II Bd. 3 S. 566).

α) **Voraussetzung** für die Zulässigkeit der Zahlung an den Versicherten ist zunächst eine Anzeige an den Hypothekengläubiger, es sei denn, daß diese untunlich ist, z. B. weil der Aufenthalt des Hypothekengläubigers weder aus dem Grundbuche zu ermitteln noch anderweit bekannt ist. Die Anzeige muß entweder von dem Versicherer oder von dem Versicherten ausgehen und den Eintritt des Schadens zum Inhalte haben (s. Reinbeck a. a. O. S. 103). Hinsichtlich der Person des Empfängers kommt die Vermutung des § 891 in Betracht. Eine Form ist für die Anzeige nicht vorgeschrieben. Über die Frage, wer die Kosten der Anzeige zu tragen hat, s. Girth a. a. O. S. 34ff. und über vertragsmäßige Aufhebung der Anzeigepflicht Reinbeck a. a. O. S. 106.

Die weitere Voraussetzung ist der Ablauf einer **Frist von einem Monate** seit dem Empfange der Anzeige oder, wenn diese untunlich ist, seit der Fälligkeit der Versicherungssumme, ohne daß der Hypothekengläubiger **Widerspruch** gegen die Zahlung erhoben hat. Dieser Widerspruch kann nur dem Versicherer gegenüber und nur in der Zeit nach dem Eintritte des zu ersetzenden Schadens bis zum Ablaufe der Monatsfrist erhoben werden (vgl. Girth a. a. O. S. 37ff., Reinbeck a. a. O. S. 107f.). Auch für ihn ist eine Form nicht vorgeschrieben. Auf den Widerspruch wie auf die Anzeige finden die Vorschriften über einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen (§ 130—132) Anwendung. Ebenso wie die Beschlagnahme (oben S. 544f. Vorbm. 3a) wirkt auch der Widerspruch nur zugunsten des Widersprechenden, nicht zugunsten anderer Hypothekengläubiger (Schneider a. a. O. S. 447ff., Reinbeck a. a. O. S. 108f.; a. M. Biermann S. 325).

Im Falle eines Streites über das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 1128 Abs. 1 hat der Versicherer die Anzeige oder deren Untunlichkeit und den Zeitpunkt des Empfanges der

Anzeige oder der Fälligkeit d. Versicherungssumme, dagegen der Hypothekengläubiger die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs zu beweisen.

β) Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der Versicherer an den Versicherten mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger zahlen, und zwar auch dann, wenn dieser vor der Zahlung, aber erst nach Ablauf der Frist Widerspruch erhebt. Weitere Wirkungen knüpfen sich an die Nichteinhaltung der Frist nicht, insbesondere tritt mit deren Ablaufe nicht ohne weiteres ein Erlöschen der Haftung der Versicherungsforderung ein; der Hypothekengläubiger muß aber, um die Zahlung zu verhindern, die Beschlagnahme der Forderung erwirken, ein formloser Widerspruch genügt nicht mehr. Der Zahlung an den Versicherten selbst steht die Zahlung an einen Rechtsnachfolger desselben, insbesondere auch an einen persönlichen Gläubiger, der die Pfändung der Versicherungsforderung erwirkt hat, gleich. Gegenüber einem solchen Pfändungspfandrechte kann aber der Hypothekengläubiger, sofern die Pfändung erst nach der Hypothekbestellung erfolgt ist, ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung geltend machen, auch wenn er nicht rechtzeitig widersprochen und keine Beschlagnahme erwirkt hat, da nicht mit dem Fristablaufe, sondern erst mit der Zahlung sein Pfandrecht erlischt.

b) Ausdehnung der Öffentlichkeit des Grundbuchs (Abs. 2 Halbs. 2). Abgesehen von den Voraussetzungen des § 1128 Abs. 1 und von einer besonderen Bestimmung in den Versicherungsbedingungen, welche den Versicherer gemäß § 1130 zur Zahlung an den Versicherten berechtigt, beeinträchtigt weder eine Zahlung an diesen noch eine sonstige Verfügung desselben (vgl. § 1276) das Recht des Hypothekengläubigers. Dies gilt selbst dann, wenn der Versicherer keine Kenntnis von der Hypothek hatte, sofern diese nur aus dem Grundbuch ersichtlich war; im Gegensatze zu dem E. I (vgl. M. III S. 667) bringt das Gesetz den Grundsatz der Publizität einer im Grundbuch eingetragenen Post auch dem Versicherer gegenüber zur Anwendung (P. II Bd. 3 S. 565).

c) Aus den Vorschriften über das Forderungspfandrecht ergibt sich, daß der Hypothekengläubiger nicht der Beschlagnahme der Versicherungsforderung (vgl. oben S. 544 f. Vorbm. 3 vor § 1120) bedarf, um sein Recht an dieser zu verwirklichen, sondern daß er nach der Fälligkeit der Hypothekenforderung (s. Rspr. 5 S. 319) zur Einziehung der Versicherungsforderung berechtigt ist, soweit diese zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Statt der Einziehung kann er auch die Abtretung der Forderung an Zahlungsstatt fordern; zu anderen Verfügungen ist er dagegen nicht befugt. Diese Vorschriften gelten aber nur in Ermangelung einer entsprechenden Vereinbarung und das Recht des Hypothekengläubigers, seine Befriedigung auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften zu suchen, bleibt unberührt (vgl. §§ 1282, 1284, 1277; s. auch § 1285 Abs. 2 über die Pflicht des Pfandgläubigers zur Einziehung und zur Benachrichtigung des Gläubigers sowie § 1288 Abs. 2 über die Wirkung der Einziehung). Bei einer Mehrheit der Hypothekengläubiger ist nur der erste zur Einziehung berechtigt (§ 1290). Über die Frage, ob die Befriedigung des Gläubigers durch Einziehung der Versicherungsforderung das Erlöschen der Hypothek gemäß § 1181 oder deren Übergang auf den Eigentümer zur Folge hat, vgl. Erl. 2a zu § 1181.

Vor der Fälligkeit der Hypothekenforderung kann die Einziehung der Versicherungsforderung nur durch den Hypothekengläubiger und den Versicherten gemeinschaftlich erfolgen. Jeder ist dem anderen verpflichtet, zur Einziehung der fälligen Versicherungsforderung mitzuwirken, und kann auch von dem Versicherer Leistung an beide oder Hinterlegung für beide fordern (§ 1281, § 1285 Abs. 1).

Da nach § 1127 Abs. 2 die Haftung der Forderung mit der Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes oder der Beschaffung von Ersatz für diesen erlischt, fallen mit dem Eintritte dieser Voraussetzungen alle Rechte des Hypothekengläubigers, insbesondere seine Einziehungsbefugnis sowie sein Recht an dem eingezogenen Betrage fort (vgl. S. 560 Erl. 3a zu § 1127). Vorher ist der Hypothekengläubiger aber nicht verpflichtet, in die Auszahlung des Geldes an den Versicherten zu willigen, damit dieser mit dem Gelde den versicherten Gegenstand wiederherstellen oder Ersatz beschaffen kann (vgl. § 1130 nebst Erl. 4). Bis zu der Wiederherstellung oder Ersatzbeschaffung gilt vielmehr auch hier die Vorschrift des § 1288 Abs. 1, nach welcher der Hypothekengläubiger und der Versicherte die mündelsichere Anlegung der Versicherungssumme fordern können (s. Reinbeck a. a. O. S. 99; a. M. Turnau-Förster I S. 658 Erl. 3; Staudinger III S. 410 Erl. 1b). Über die Rechtsverhältnisse beim Zusammentreffen von Nießbrauch und Hypothek vgl. Gierke in Jherings Jahrb. 40 S. 417 ff.

§. 1129. Ist ein anderer Gegenstand als ein Gebäude versichert, so bestimmt sich die Haftung der Forderung gegen den Versicherer nach den Vorschriften des §. 1123 Abs. 2 Satz 1 und des §. 1124 Abs. 1, 3.

§. 1130. Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen, so ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam.

---

§ 1129.

E. I § 1070 Abs. 2, 3; II § 1037 rev. § 1113; III § 1112. P. I S. 5008 ff. 5027 ff.; M. III S. 666 f. P. II Bd. 3 S. 563 ff., 567; Bd. 4 S. 602.

1. **Auf Forderungen aus der Versicherung anderer Gegenstände als eines Gebäudes** finden die Vorschriften des § 1128 keine Anwendung. Wie der Eigentümer über die Früchte und Zubehörstücke selbst bis zur Beschlagnahme frei verfügen und sie dadurch der Haftung für die Hypotheken entziehen kann, so ist er auch in der Befugnis zu Verfügungen über die an die Stelle zerstörter Zubehörstücke und Früchte tretende Versicherungsforderung durch die bloße Existenz von Hypotheken nicht beschränkt (vgl. oben S. 559 f. Erl. 3 zu § 1127, M. III S. 667 und P. II Bd. 3 S. 565). Die Haftung dieser Versicherungsforderungen bestimmt sich daher nicht nach den Vorschriften über das Forderungspfandrecht, sondern nach den Bestimmungen des § 1123 Abs. 2 Satz 1 und des § 1124 Abs. 1, 3 über die Haftung der Miet- und Pachtzinsforderungen.

2. **Verfügungsbefugnis des Versicherten.** Nach § 1124 Abs. 1, 3 ist der Versicherte bis zur Beschlagnahme (vgl. oben S. 544 f. Vorbm. 3 vor § 1120) in der Verfügung über diese Versicherungsforderungen nicht beschränkt. Eine vor der Beschlagnahme erfolgte Einziehung oder sonstige Verfügung ist dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam. Mit der Zahlung der Versicherungssumme an den Versicherten, mit der Übertragung der Versicherungsforderung auf einen Dritten sowie mit der dieser gleichstehenden Veräußerung des Grundstücks ohne die Forderung erlischt die Haftung der Forderung, sofern diese Rechtshandlungen vor der Beschlagnahme erfolgt sind. Ein vor diesem Zeitpunkte von einem Dritten erworbenes Recht an der Forderung geht der Hypothek im Range vor (vgl. oben S. 555 f. Erl. 1 zu § 1124).

3. **Erlöschen der Haftung mit Ablauf eines Jahres.** Nach § 1123 Abs. 2 Satz 1 erlischt die Haftung der Versicherungsforderung mit dem Ablauf eines Jahres nach ihrer Fälligkeit, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt ist (vgl. oben S. 555 Erl. 5 zu § 1123).

4. **Einziehungsbefugnis des Hypothekengläubigers.** Da auf die hier in Betracht kommenden Versicherungsforderungen nicht, wie auf die Gebäudeversicherung, die Vorschriften über die Verpfändung der Forderungen Anwendung finden, ist der Hypothekengläubiger nicht kraft seiner Hypothek zur Einziehung der Forderungen befugt. Die Befugnis, den Anspruch aus dem Versicherungsvertrage geltend zu machen, erlangt der Hypothekengläubiger erst durch die Pfändung und Überweisung dieses Anspruchs, es sei denn, daß die Bedingungen des Versicherungsvertrags ihm ohne weiteres einen Anspruch gewähren (vgl. RG. 8 S. 169, 25 S. 218).

§ 1130.

E. I § 1070 Abs. 1 Satz 2; II § 1038 rev. § 1114; III § 1113. P. I S. 5008 ff., 5031 f.; M. III S. 665 f. P. II Bd. 3 S. 562 f.

1. **Ausnahme für die sog. Wiederherstellungsgelder.** Die Bestimmung des § 1130 gilt sowohl für die Gebäudeversicherung wie für die Versicherung sonstiger Gegenstände. Sie beruht auf der Erwägung, daß der Hypothekengläubiger die Versicherungsbedingungen gegen sich gelten lassen muß und daher auch nur eine den Versicherungsbestimmungen entsprechende Zahlung fordern kann. Wenn demnach der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen verpflichtet ist, so wird er durch eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten auch dem Hypothekengläubiger gegenüber befreit. Im übrigen gelten auch für die sog. Wiederherstellungsgelder die Vorschriften der §§ 1127—1129.

2. **Maßgebend sind die Versicherungsbestimmungen,** einerlei, ob sie durch den betreffenden einzelnen Versicherungsvertrag geregelt sind oder auf dem Statute der Versicherungsanstalt oder

§. 1131. Wird ein Grundstück nach §. 890 Abs. 2 einem anderen Grundstück im Grundbuche zugeschrieben, so erstrecken sich die an diesem Grundstücke bestehenden Hypotheken auf das zugeschriebene Grundstück. Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, gehen diesen Hypotheken im Range vor.

---

auf Gesetz (EG. Art. 75, Bd. VI S. 185 f.; für Bayern s. Stör in Bl. f. RAnw. 1903 S. 311, 319, 334, für Württ. Klumpp § 206 Ziff. II S. 727 ff.) beruhen (M. III S. 666). Diese Bestimmungen entscheiden sowohl darüber, ob der Versicherer nur zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen hat, als auch über die weitere Frage, wann eine Zahlung als zu diesem Zwecke erfolgt anzusehen ist. Gestatten die Versicherungsbedingungen die Zahlung an den Versicherten zur Wiederherstellung, obwohl die Verwendung der Gelder zu diesem Zwecke nicht sicher gestellt ist, so wird der Versicherer frei, auch wenn das Geleistete nicht dem Zwecke gemäß verwendet wird (Rspr. 5 S. 319, Stör a. a. O. S. 319). Ein in zweiter Lesung gestellter Antrag, die Wirksamkeit der Zahlung dem Hypothekengläubiger gegenüber von der Sicherstellung dieser Verwendung abhängig zu machen, wurde abgelehnt (P. II Bd. 3 S. 563). Auch eine Verpflichtung, von der bevorstehenden Zahlung die Hypothekengläubiger zu benachrichtigen, ist dem Versicherer durch das BGB. nicht auferlegt (M. III a. a. O.); wo sie landesgesetzlich besteht, muß sie beobachtet werden, damit die Zahlung als eine den Versicherungsbestimmungen entsprechende und dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksame anzusehen ist.

Von den Versicherungsbestimmungen hängt es auch ab, ob eine Zahlung an einen Rechtsnachfolger des Versicherten dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam ist. Im Zweifel wird dies zu verneinen sein, da eine solche Zahlung regelmäßig nicht zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes erfolgt.

Entspricht die Zahlung nicht den Versicherungsbestimmungen, so braucht der Hypothekengläubiger sie, sofern sie nicht nach §§ 1128, 1129 ihm gegenüber wirksam ist, nicht gegen sich gelten zu lassen. Ist jedoch der Versicherer nur verpflichtet, zur Wiederherstellung zu zahlen, so nützt dem Hypothekengläuber sein Recht, nochmalige Zahlung zu fordern, wenig, da auch diese nur zwecks Wiederherstellung an den Versicherten zu erfolgen braucht (s. Biermann S. 327, Turnau-Förster I S. 46; abw. Reinbeck a. a. O. S. 128, 138).

3. **Zahlung nach der Beschlagnahme.** Die den Versicherungsbestimmungen entsprechende Zahlung zum Zwecke der Wiederherstellung befreit den Versicherer auch dann, wenn sie nach der Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt. Denn durch diese werden die Pflichten des Versicherers nicht verändert. Der Hypothekengläubiger muß also eine den Versicherungsbestimmungen entsprechende Zahlung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht an ihn erfolgt ist (so Hachenburg, Beiträge S. 81; a. M. Reinbeck a. a. O. S. 127, 131, 137 f.). Eine Ausnahme wird man für die Beschlagnahme im Wege der Zwangsverwaltung machen müssen, da durch diese die Befugnis zur Empfangnahme der Versicherungsgelder von dem Eigentümer auf den Zwangsverwalter übergeht (s. Stör a. a. O. S. 330 f., 335; Fischer u. Schaefer S. 125 f., S. 496 Erl. 1d zu § 148, S. 506 Erl. 2 zu § 152; a. M. auch für die Zwangsversteigerung, in der die Zahlung an das Vollstreckungsgericht zu erfolgen habe, Biermann S. 326, Oberneck I S. 778, Turnau-Förster I S. 47, Willenbücher S. 173).

4. Die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift in die Versicherungsbestimmungen ist die einzige Möglichkeit, die Auszahlung der Versicherungssumme an den Versicherten vor der Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers zu erwirken. Denn wenn auch die Wiederherstellung nach § 1127 Abs. 2 das Erlöschen der Haftung herbeiführt, so ist der **Hypothekengläubiger doch nicht verpflichtet, die künftige Wiederherstellung durch Zustimmung zu der Auszahlung der Versicherungssumme zu ermöglichen** (vgl. S. 560 Erl. 3a zu § 1127, S. 562 Erl. 3c a. E. zu § 1128). Auch wenn nach den Versicherungsbestimmungen die Entschädigungssumme nur behufs der Wiederherstellung, aber erst nachdem letztere sichergestellt ist, zu zahlen ist, ist der Hypothekengläubiger nicht verpflichtet, der Auszahlung der Entschädigungssumme zuzustimmen, bevor die Wiederherstellung gesichert ist (Rspr. 8 S. 139).

§ 1131.

E. I § 1067 Nr. 1; II § 1039 rev. § 1115; III § 1114. P. I S. 5007 ff., 5035 f.; M. III S. 651 f., 654. P. II Bd. 3 S. 549 ff.; Bd. 6 S. 252 f.

1. **Umfang der Haftung des Grundstücks.** Der E. I § 1067 Nr. 1 enthielt die Bestimmung, daß dem Gläubiger kraft der Hypothek „das Grundstück in seinem jeweiligen Bestande" hafte.

In der zweiten Lesung sind diese Worte gestrichen; sie sind entbehrlich, weil die Haftung der Bestandteile des Grundstücks sich aus der Bestandteilseigenschaft ohne weiteres ergibt, und konnten auch zu dem Mißverständnisse führen, als solle ein nach der Eintragung der Hypothek von dem belasteten Grundstück abgeschriebenes Trennstück aus der Haftung ausscheiden (P. II Bd. 3 S. 550ff.). Das Gesetz enthält nur die Vorschrift des § 1131 über die Haftung eines Grundstücks, das dem belasteten Grundstück als Bestandteil zugeschrieben wird; im übrigen ergibt sich der Umfang der Haftung des Grundstücks selbst aus den allgemeinen Vorschriften.

2. Zunächst ist für den Umfang des dinglichen Rechtes der **Bestand des Grundstücks zur Zeit der Eintragung** maßgebend. Welches Grundstück von der Hypothek ergriffen wird, ergibt sich aus dem Grundbuch und dem diesen zugrunde liegenden amtlichen Verzeichnisse, nach welchem die Grundstücke gemäß § 2 Abs. 2 der GBO. in dem Grundbuche zu bezeichnen sind (oben S. 71 Vorbm. I 2). Sind in diesem die Größe und die Grenzen des Grundstücks unrichtig angegeben, so ist für den Umfang der Haftung nicht das Verzeichnis, sondern der wirkliche Bestand maßgebend, und zwar auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der Hypothek, da die tatsächlichen Angaben des Grundbuchs über die Größe und die Grenzen des Grundstücks nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehen. Ist das Grundstück vor der Eintragung der Hypothek durch Abveräußerung eines Teiles verkleinert, die Abschreibung dieses Trennstücks aber trotz dessen Auflassung und Übertragung auf ein neues Grundbuchblatt unterblieben, so erwirbt der Hypothekengläubiger auch im Falle seines guten Glaubens kein Recht an dem dem Hypothekenbesteller nicht mehr gehörenden Trennstücke, da ein Fall der doppelten Buchung vorliegt (vgl. oben S. 133ff. Erl. I, 1 4 zu § 892; M. III S. 652).

3. **Wird nach der Eintragung der Hypothek ein Flächenabschnitt von dem belasteten Grundstücke getrennt**, so bleibt dieser neben dem Restgrundstücke belastet, selbst wenn die Mitübertragung der Hypothek auf das Blatt des Trennstücks unterbleiben sollte. Allerdings gilt nach § 47 Abs. 2 der GBO. die nicht mitübertragene Hypothek als gelöscht, aber zur Aufhebung des Hypothekenrechts genügt nach §§ 875, 876, 1183 die Löschung für sich allein nicht. Gegenüber einem redlichen Dritten kann aber die nicht mitübertragene Hypothek nicht geltend gemacht werden.

4. Tritt umgekehrt **nach der Eintragung der Hypothek eine Vergrößerung des belasteten Grundstücks ein**, so hat dies nach den allgemeinen Vorschriften nur dann eine Erweiterung der Haftung zur Folge, wenn die hinzukommenden Flächenabschnitte als wesentliche Bestandteile im Sinne des § 93 anzusehen sind.

a) Das trifft bei den gemäß § 890 Abs. 2 als Bestandteil zugeschriebenen Grundstücken nicht zu. Für diesen Fall der sog. **Zuschreibung** ist jedoch die Erstreckung der Haftung im § 1131 ausdrücklich ausgesprochen. Vgl. hierüber und über den Gegensatz zu der Vereinigung oben S. 129f. Erl. 1—4 zu § 890. Während bei einer Vereinigung die zur Zeit der Vereinigung auf den einzelnen Grundstücken ruhenden Lasten unverändert bleiben (s. jedoch Erl. 2 zu § 1132), gilt dies bei der Zuschreibung nur von den Lasten, welche auf dem zugeschriebenen Grundstücke ruhen; diese belasten auch nach der Zuschreibung nur den Bestandteil. Dagegen ergreifen die auf dem Hauptgrundstücke lastenden Hypotheken auch den zugeschriebenen Bestandteil, jedoch unbeschadet der auf diesem bereits lastenden Rechte; letzteren steht daher der Vorrang vor jenen zu. Falls sowohl auf dem Bestandteile wie auf dem Hauptgrundstücke Rechte lasten, sind bei einer Zwangsversteigerung nötigenfalls die Vorschriften des § 112 des ZVG. über die Verteilung des Erlöses auf die mehreren, auf Grund eines Gesamtausgebots zugeschlagenen Grundstücke zur entsprechenden Anwendung zu bringen. Dem Wortlaute nach trifft § 112 diesen Fall nicht, da der Bestandteil und das Hauptgrundstück nach der Zuschreibung nur ein einheitliches Grundstück bilden. Aber die entsprechende Anwendung rechtfertigt sich wegen der Gleichheit der Verhältnisse, und weil in anderer Weise eine befriedigende Lösung der Frage nicht möglich ist. Wegen der Einheitlichkeit des durch die Zuschreibung entstandenen neuen Grundstücks werden übrigens die das Hauptgrundstück belastenden Hypotheken nicht durch ihre Erstreckung auf den zugeschriebenen Bestandteil Gesamthypotheken (vgl. Erl. 1a, 2 zu § 1132; RJA. 6 S. 73; Hachenburg, Beiträge S. 122ff.).

b) Keine Vorschrift trifft das BGB. für den Fall der **Vergrößerung des belasteten Grundstücks durch Naturereignisse**. Hier bewendet es also, soweit nicht in dem EG. aufrechterhaltene landesrechtliche Vorschriften in Betracht kommen, bei dem Satze, daß die Hypothek die Vergrößerung nur dann ergreift, wenn sie als wesentlicher Bestandteil zu erachten ist (vgl. Bd. I S. 165 Erl. 3 zu § 94). Für die Hauptfälle, für die durch das Wasser entstehenden Veränderungen, bleibt das Landesrecht kraft des Vorbehalts des Art. 65 maßgebend (vgl. Bd. VI S. 172). Nach dem

§. 1132. Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesammthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung. Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Theile suchen.

Der Gläubiger ist berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu vertheilen, daß jedes Grundstück nur für den zugetheilten Betrag haftet. Auf die Vertheilung finden die Vorschriften der §§. 875, 876, 878 entsprechende Anwendung.

---

gemeinen Rechte treten z. B. die Alluvionen und die Avulsionen und nach dem Allg. Landr. die Alluvionen und das natürlich zugelandete oder verlassene Flußbett in die Haftung für die Hypotheken des Ufergrundstücks ein (Achilles 4. Aufl. S. 183; Achilles-Strecker S. 42; Turnau-Förster I S. 333).

§ 1132.

E. I § 1071, § 1073 Abs. 1; II § 1040 rev. § 1116; III § 1115. P. I S. 5034 f., 5050 ff.; M. III S. 668, 682 ff. P. II Bd. 3 S. 568, 573 f., 629. D. S. 672.

Hachenburg, Beiträge S. 121 ff., Vorträge S. 610 ff.; Lang, die Gesamthypothek im Arch. f. civ. Pr. 89 (1899) S. 251 ff., Biermann, die Einheitlichkeit der Gesamthypothek, im Recht 1905 S. 265.

1. Der § 1132 bestimmt zunächst den **Begriff der Gesamthypothek** (vgl. oben S. 514 Vorbm. 2 f z. Abschn. 8). Diese ist eine an mehreren Grundstücken bestehende Hypothek für eine Forderung.

a) Erforderlich ist demnach zunächst eine **Mehrheit belasteter Grundstücke.** Grundsätzlich bildet jedes Grundstück, welches in dem dem Grundbuche gemäß § 2 Abs. 2 der GBO. zugrunde liegenden amtlichen Verzeichnis eine besondere Nummer oder einen besonderen Buchstaben erhalten hat, ein selbständiges Grundstück, sodaß eine Gesamthypothek vorliegt, wenn an mehreren dieser Grundstücke eine Hypothek für dieselbe Forderung besteht. Hiervon gilt jedoch für den Fall der Zuschreibung oder der Vereinigung gemäß § 890 eine Ausnahme. Das durch diese entstandene Gesamtgrundstück bildet ein Grundstück, eine dieses Grundstück belastende Hypothek daher eine Einzelhypothek (vgl. oben S. 130 Erl. 4 zu § 890 und S. 565 Erl. 4a zu § 1131). Von dieser Zuschreibung und Vereinigung im Sinne des § 890 und des § 5 der GBO. ist die Anlegung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblatts für mehrere Grundstücke gemäß §§ 4, 86, 87 der GBO. (oben S. 71 f. Vorbm. I 2) zu unterscheiden; letzterenfalls bleiben die einzelnen Grundstücke selbständig, die auf ihnen gemeinsam lastenden Hypotheken sind also Gesamthypotheken. Demnach ist es gleichgültig, ob die belasteten Grundstücke auf verschiedenen Grundbuchblättern oder auf demselben Grundbuchblatt eingetragen sind, sofern sie nur als selbständige und nicht als einheitliches Grundstück gebucht sind. Auch ob sie demselben oder verschiedenen Eigentümern gehören, ist ohne Belang.

Den Grundstücken stehen, wie stets, die Berechtigungen gleich, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten. Eine Gesamthypothek liegt also z. B. vor, wenn ein Grundstück und ein Erbbaurecht für eine Forderung haften, vorausgesetzt, daß sie nicht gemäß § 890 zu einem einheitlichen Ganzen vereinigt sind.

Auch Bruchteile von Grundstücken sind, soweit sie nach § 1114 (oben S. 525) mit Hypotheken belastet werden können, den Grundstücken gleich zu stellen. Dies ist unzweifelhaft, wenn Bruchteile verschiedener Grundstücke mit derselben Hypothek belastet sind. Aber auch auf den Fall der Belastung mehrerer Miteigentumsanteile desselben Grundstücks mit einer Hypothek sind die Vorschriften der Gesamthypothek zur Anwendung zu bringen (Lang a. a. O. S. 253; a. M. Fuchs S. 433). Wird dagegen an einem im Miteigentume stehenden Grundstücke von allen Miteigentümern Hypothek bestellt, so liegt keine Gesamthypothek vor; indessen auch in diesem Falle dürften die Vorschriften des § 1132 Abs. 1, §§ 1173—1176, § 1181 Abs. 2, § 1182 entsprechend anzuwenden sein (vgl. Marcusen in ZVerglR. 13 S. 230 sowie unten Erl. 3d zu § 1163, Erl. 7 zu § 1173, Erl. 6 zu § 1174, Erl. 1c zu § 1175).

An einem und demselben Grundstücke kann eine Gesamthypothek für dieselbe Forderung nicht bestellt werden; die Eintragung zweier Hypotheken für dieselbe Forderung auf dasselbe Grundstück ist unzulässig (Rspr. 6 S. 478).

b) Zweites Erfordernis ist **die Gemeinsamkeit der Forderung**, für welche die mehreren Grundstücke haften. Eine Gesamthypothek ist daher nicht vorhanden, wenn zugunsten eines Darlehnsgläubigers an dem Grundstücke des Darlehnsschuldners zur Sicherung der Darlehnsforderung und an dem Grundstücke des Bürgen zur Sicherung der Bürgschaftsforderung Hypotheken bestellt sind, obwohl indirekt auch durch die letztere Hypothek die Darlehnsforderung gesichert wird (Marcusen a. a. O. S. 231), wohl aber wenn der Bürge unmittelbar für die Darlehnsforderung Hypothek bestellt.

Nicht erforderlich ist, daß an einem jeden Grundstücke für den ganzen Betrag der Forderung Hypothek bestellt ist, vielmehr liegt auch eine Gesamthypothek vor, wenn ein Grundstück mit der ganzen Hypothekenforderung und ein anderes nur mit einem Teilbetrage belastet ist. Wenn dagegen die Forderung des Hypothekengläubigers auf die belasteten Grundstücke in der Weise verteilt ist, daß für jeden Teilbetrag nur ein Grundstück haftet, so ist keine Gesamthypothek, sondern eine Mehrheit von Einzelhypotheken vorhanden. Umgekehrt ist eine Belastung mehrerer Grundstücke mit Einzelhypotheken wegen derselben Forderung oder desselben Teilbetrags einer Forderung unzulässig; die Identität der Forderung macht die Hypothek notwendig zur Gesamthypothek (Rspr. 10 S. 100).

Ebenso wie der Kapitalbetrag kann auch der Zinsfuß der Gesamthypothek bei den einzelnen Grundstücken ein verschiedener sein (KG. 21 S. A 168).

Dagegen ist die Identität des Hypothekengläubigers unbedingt erforderlich. Demnach kann auch die Gesamthypothek nur einheitlich hinsichtlich aller belasteten Grundstücke übertragen werden (vgl. Erl. 4).

2. **Eine Gesamthypothek entsteht** nicht nur dadurch, daß für dieselbe Forderung an mehreren Grundstücken, sei es gleichzeitig oder nach einander, Hypothek bestellt wird, sondern auch durch nachträgliche Zerlegung des belasteten Grundstücks in mehrere selbständige Grundstücke. Umgekehrt wird die Gesamthypothek zur Einzelhypothek, wenn sämtliche belastete Grundstücke durch Zuschreibung oder Vereinigung zu einem Ganzen vereinigt werden (RJA. 6 S. 73). In letzterem Punkte a. M. Lang a. a. O. S. 253f.

Dadurch daß das belastete Grundstück in das Miteigentum mehrerer nach Bruchteilen übergeht, verwandelt sich die einheitlich an jenem bestellte Hypothek nicht in eine Gesamthypothek an den Bruchteilen (Eccius in Gruch. 46 S. 728; abw. Turnau-Förster I S. 665f. Erl. 5).

Unzulässig ist die Eintragung einer Zwangs- oder Arresthypothek als Gesamthypothek auf mehrere Grundstücke desselben Schuldners; der Gläubiger hat vielmehr den Betrag seiner Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen und erwirbt nur eine Mehrheit von Einzelhypotheken (CPO. § 867 Abs. 2, § 932 Abs. 2; Rspr. 5 S. 332; s. Achilles-Strecker S. 98 Ziff. 5 und S. 564, Fischer u. Schäfer, ZVG. S. 153). Auf den Grundstücken verschiedener als Gesamtschuldner verurteilter Personen kann dagegen eine Gesamtzwangshypothek eingetragen werden (KG. 21 S. A 326, 22 S. A 173; Achilles-Strecker a. a. O.; a. M. Fischer u. Schaefer a. a. O.) und die Praxis hat auch die Eintragung einer Zwangshypothek für eine Forderung, für die bereits eine Vertragshypothek besteht, auf einem anderen Grundstücke des Schuldners für zulässig erklärt (Bayer. ObLG. 3 S. 482, KG. 25 S. A 294, 27 S. A 138; ebenso Biermann im Recht 1905 S. 267; a. M. Achilles-Strecker a. a. O.).

3. Dem Gesamthypothekengläubiger gewährt § 1132 **das Recht der freien Wahl, aus welchem der belasteten Grundstücke er Befriedigung suchen will.** Da die Eigentümer, die gleich- oder nachstehenden dinglich Berechtigten und im Konkurs eines Eigentümers auch die Konkursgläubiger erhebliche Nachteile dadurch erleiden können, daß der Gläubiger lediglich das eine oder das andere Grundstück zu seiner Befriedigung in Anspruch nimmt, anstatt sich an jedes der ihm haftenden Grundstücke zu einem angemessenen Verhältnisse zu halten, haben die früheren Rechte das Wahlrecht des Gläubigers vielfach beschränkt (vgl. M. III S. 682ff., Marcusen a. a. O. S. 238ff., 261ff.) Das Reichsrecht enthält nur im § 64 des ZVG. eine einschränkende Vorschrift; im übrigen ist das Wahlrecht des Gesamthypothekengläubigers ein unbeschränktes. Die Interessen der Eigentümer und der nachstehenden Hypothekengläubiger sucht das BGB. durch die Vorschriften der §§ 1172—1175, 1181, 1182 zu wahren; die letzteren können sich auch durch das Eintrittsrecht (§ 1150) helfen.

a) Befriedigung aus den Grundstücken. Kraft seines freien Wahlrechts kann der Gesamthypothekengläubiger nicht nur alle belasteten Grundstücke, sondern auch jedes einzelne oder mehrere von ihnen zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen (vgl. Seuff. A. 56 Nr. 76). Er kann aus jedem Grundstücke sowohl für seine ganze Forderung, soweit sie auf dem betreffenden Grundstück

eingetragen ist, als auch für einen Teilbetrag seiner Forderung Befriedigung suchen. Die einzelnen Grundstücke kann er gleichzeitig und in demselben Verfahren (ZVG. § 18) oder nach einander zur Zwangsvollstreckung bringen, und auch in dem von einem anderen Gläubiger betriebenen Vollstreckungsverfahren kann er, von einer Ausnahme abgesehen, bestimmen, ob und zu welchem Betrage die Befriedigung aus den versteigerten Grundstücken erfolgen soll (Bayer. ObLG. 4 S. 506).

Wird nur eines der belasteten Grundstücke versteigert, so wird die Gesamthypothek sowohl bei der Feststellung des geringsten Gebots wie auch bei der Verteilung des Versteigerungserlöses zu ihrem vollen Betrage berücksichtigt, sofern nicht der Gläubiger kraft seines Wahlrechts auf Befriedigung aus dem Grundstücke ganz oder teilweise verzichtet. Die Natur des Rechtes als einer Gesamthypothek und die Möglichkeit, daß diese auf dem versteigerten Grundstück ohne Befriedigung durch den Ersteher nach §§ 1173—1175, 1181, 1182 erlischt, ist aber gemäß § 50 Abs. 2 Ziff. 2, Abs. 3, §§ 123, 125 des ZVG. zu berücksichtigen (vgl. Fischer u. Schaefer S. 259f. Erl. 2c zu § 50, S. 426f. Erl. 4 zu §§ 122, 123, S. 429ff. Erl. zu § 125).

Werden mehrere belastete Grundstücke in demselben Verfahren versteigert, so ist grundsätzlich auch bei der Feststellung des geringsten Gebots für jedes einzelne Grundstück die Gesamthypothek in voller Höhe zu berücksichtigen, sofern nicht der Gläubiger von seinem Wahlrechte Gebrauch macht; auch bei der Verteilung des Erlöses kann der Gläubiger nach seinem Belieben bestimmen, in welcher Höhe seine Forderung bei jedem einzelnen Grundstücke Berücksichtigung finden soll. Macht er aber von seinem Wahlrechte keinen Gebrauch, so ist bei jedem einzelnen Grundstücke nur ein nach dem Verhältnisse der Erlöse zu bestimmender Teilbetrag in den Teilungsplan aufzunehmen; der Erlös wird unter Abzug des Betrags der Ansprüche berechnet, welche dem Anspruche des Gesamthypothekengläubigers vorgehen. Falls aber ein diesem Gläubiger zugeteilter Betrag nicht bar gezahlt wird, wird ihm für die ihm übertragene Forderung auf Zahlung dieses Betrags gegen den Ersteher eine Gesamthypothek an allen Grundstücken bestellt (ZVG. §§ 122, 123; vgl. Lang a. a. O. S. 274ff., Fischer u. Schaefer S. 424ff.).

Eine Ausnahme von dem freien Wahlrechte des Gesamthypothekengläubigers gilt für den Fall der gemeinsamen Versteigerung mehrerer mit einer Gesamthypothek belasteter Grundstücke auf Betreiben eines nachstehenden Gläubigers. Nach § 64 des ZVG. ist in diesem Falle auf Antrag des betreibenden Gläubigers, des Eigentümers oder eines dem Gesamthypothekengläubiger gleich- oder nachstehenden Beteiligten die Gesamthypothek bei der Feststellung des geringsten Gebots für das einzelne Grundstück nur zu dem Teilbetrage zu berücksichtigen, der dem Verhältnisse des Wertes des Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht; der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen und bestehen bleiben. Wird dieser Antrag gestellt, so wird die Gesamthypothek in Einzelhypotheken verwandelt; sie bleibt an jedem einzelnen Grundstücke nur in Höhe des bei dem geringsten Gebote berücksichtigten Teilbetrags bestehen (vgl. §§ 52, 44, 49 des ZVG.). Der Gesamthypothekengläubiger kann sich gegen diese Verteilung nur dadurch schützen, daß er bis zum Schlusse der Verhandlung im Versteigerungstermine die Feststellung des geringsten Gebots in der Weise verlangt, als ob er der betreibende Gläubiger wäre, so daß also nur die seinem Anspruche vorgehenden Rechte berücksichtigt werden, seine Gesamthypothek aber und die nachstehenden Rechte außerhalb des geringsten Gebots bleiben und infolgedessen bar zu berichtigen sind. Bei der Verteilung des Erlöses finden alsdann die im vorigen Absatz erwähnten Vorschriften des § 122 des ZVG. Anwendung (vgl. im übrigen § 64 des ZVG., die Kommentare zu diesem Gesetz, insbesondere Fischer u. Schaefer S. 290ff., Lang a. a. O. S. 277—291, Hartmann, die Grundstücksgesamthypothek in der Zwangsverst. 1903).

b) Umwandelung der Gesamthypotheken in Einzelhypotheken durch Verteilung des Betrags. Aus dem freien Wahlrechte des Gesamthypothekengläubigers ergibt sich ohne weiteres dessen Befugnis, auf die Hypothek an einem oder mehreren der belasteten Grundstücke ganz oder teilweise zu verzichten und dadurch insoweit das Erlöschen der Hypothek herbeizuführen (vgl. §§ 1175, 1168), ohne daß er dabei auf die Eigentümer der anderen Grundstücke und die an diesen Berechtigten Rücksicht zu nehmen braucht (Seuff. A. 56 Nr. 76). Dem entspricht es, wenn § 1132 Abs. 2 dem Gläubiger das Recht zur Umwandelung der Gesamthypothek in Einzelhypotheken gibt; er kann seine Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise verteilen, daß für jeden Teil der Forderung nur ein Grundstück haftet, indem er hinsichtlich des übrigen Betrags auf seine Hypothek an dem einzelnen Grundstücke verzichtet (abw. Seller, Vormerkung S. 26, der in der Verteilung keinen Verzicht, sondern eine Inhaltsänderung sieht). Welchen Teilbetrag er

den einzelnen Grundstücken zuteilen wird, unterliegt seinem Belieben. Die Summe aller Teilbeträge darf aber den Betrag der Gesamthypothek nicht übersteigen.

Wie zu dem Verzichte (§ 1168 Abs. 2), bedarf es auch zu dieser Verteilung der Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamt oder den Eigentümern und der Eintragung in das Grundbuch, außerdem, falls die Gesamthypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, dessen Zustimmung gemäß § 876 (oben S. 95). Über die zur Bindung des Gläubigers erforderliche Form seiner Erklärung vgl. § 875 Abs. 2 (oben S. 92) und über die Unwirksamkeit einer nach der Bindung und dem Eintragungsantrag eintretenden Verfügungsbeschränkung § 878 (oben S. 98). Die Zustimmung des Eigentümers ist materiellrechtlich nicht vorgeschrieben; zur Löschung der Teilbeträge ist sie aber nach der allgemeinen Vorschrift des § 27 Abs. 1 der GBO. erforderlich, obwohl eine Eigentümerhypothek nach § 1175 Abs. 1 Satz 2 nicht entstehen kann (vgl. RJA. 2 S. 240; Achilles-Strecker S. 222ff., Oberneck I S. 877f. und in Z. d. DNot.Ver. 1902 S. 12; a. M. v. Jacnbezky in Gruch. 46 S. 65, nach welchem die Vorschrift der GBO. § 27 für solche Eintragungen nicht gelten soll, welche nicht unmittelbar den Zweck der Löschung haben, aus denen sich vielmehr das Erlöschen der Hypothek nur als Rechtsfolge ergibt; Kranichfeld in CBl. f. FG. 2 S. 547, Frick im Recht 1902 S. 175, Staudinger III S. 417 Erl. 3 b, Turnau-Förster I S. 666f. Erl. 7; Fuchs S. 434 Erl. 3). War die Gesamthypothek eine Briefhypothek, so ist der Brief zu vernichten und für jedes Grundstück ein neuer Brief zu erteilen (GBO. §§ 64, 69; Achilles-Strecker S. 313f., 319).

c) **Befugnis zur Rangänderung.** Schließlich ist der Gesamthypothekengläubiger auch befugt, hinsichtlich eines oder mehrerer der belasteten Grundstücke einem nachstehenden Berechtigten den Vorrang vor der Gesamthypothek einzuräumen. Hierzu bedarf es aber der Zustimmung des Eigentümers nach § 880 Abs. 2 Satz 2 (oben S. 102, S. 104 Erl. 3 c zu § 880).

4. **Einheitlichkeit des Rechtes aus der Gesamthypothek.** Wie in Erl. 1 b bereits erwähnt, ist der Gesamthypothekengläubiger nicht befugt, sein Recht hinsichtlich der einzelnen Grundstücke an verschiedene Personen zu übertragen; er kann es auch nicht hinsichtlich des einen Grundstücks für sich behalten und hinsichtlich des anderen abtreten. Denn bis zur Verteilung der Gesamthypothek steht ihm nur ein einheitliches Recht zu, über das er auch nur einheitlich verfügen kann. Die Gesamthypothek ist nicht nur, wie Lang a. a. O. S. 322 annimmt, wirtschaftlich eine einheitliche Belastung, sondern auch eine Einheit im juristischen Sinne; dem Gläubiger stehen nicht so viele Hypotheken zu, als belastete Grundstücke vorhanden sind, sondern nur eine Hypothek. Es ist dasselbe Recht, welches die mehreren Grundstücke belastet (vgl. z. B. die Fassung der GBO. §§ 49, 63, des ZVG. § 18; Hachenburg, Vorträge S. 636; a. M. Biermann im Recht 1905 S. 265). Diese Identität des Rechtes ist nach § 49 der GBO. durch Eintragung des Vermerkes der Mitbelastung auf dem Blatte eines jeden Grundstücks und nach §§ 59, 63 ebenda bei Briefhypotheken durch die Erteilung nur eines Briefes oder, wenn die belasteten Grundstücke in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter liegen, durch die Verbindung der Briefe kenntlich zu machen (vgl. Achilles-Strecker S. 789ff., 307, 312f.).

Aus dieser Einheitlichkeit des Rechtes auf der einen Seite und den zwischen den einzelnen Hypothekenformen bestehenden Verschiedenheiten (oben S. 509ff. Vorbm. 2 b und 2 c zum achten Abschn.) andererseits folgt, daß eine Gesamthypothek nicht an dem einen Grundstück als Buchhypothek und an dem anderen als Briefhypothek oder an dem einen als Verkehrshypothek und an dem anderen als Sicherungshypothek bestellt werden kann (RG. 22 S. A 164; Rspr. 10 S. 100; vgl. Turnau-Förster I S. 663f. Erl. 3; a. M. für den oben Erl. 2 a. E. erwähnten Fall der Eintragung einer Zwangshypothek für eine Forderung, für die bereits eine Vertragsverkehrshypothek besteht, RG. 25 S. A 294 und für denselben Fall sowie für den des § 1173 Abs. 2 Biermann im Recht 1905 S. 266f.; s. ferner Oberneck I S. 873 § 150 Nr. 2 a). Auch die Ansicht von Lang a. a. O. S. 322, daß das Gesamtrecht an einem Grundstücke Grundschuld und an dem anderen Hypothek sein könne, ist nicht zu billigen. Besteht überhaupt eine Forderung, zu deren Sicherung das dingliche Recht dient, so ist es an allen belasteten Grundstücken Hypothek.

Eine Verfügung über die Gesamthypothek, zu der es der Eintragung bedarf, erfordert die Eintragung auf jedem belasteten Grundstück. Insbesondere muß die Übertragung oder die Belastung einer Gesamt-Buchhypothek, um wirksam zu sein, auf dem Grundbuchblatt eines jeden der verhafteten Grundstücke eingetragen werden; vorher tritt sie wegen der Einheitlichkeit des Hypothekenrechts auch hinsichtlich derjenigen Grundstücke nicht in Kraft, bei denen die Eintragung bereits erfolgt ist. Ein Antrag, die Eintragung auf dem Blatte eines der belasteten Grundstücke

§. 1133. Ist in Folge einer Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Hypothek gefährdet, so kann der Gläubiger dem Eigenthümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Gläubiger berechtigt, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen, wenn nicht die Gefährdung durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekenbestellung beseitigt worden ist. Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Gläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt.

---

für genügend zu erklären, wurde von der zweiten Kommission abgelehnt (vgl. P. II Bd. 3 S. 636f., a. M. Boehm S. 219). Ebenso bedarf es zu solchen Verfügungen, welche die Zustimmung des Eigentümers erfordern, wie z. B. zu Inhaltsänderungen, der Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteten Grundstücke (vgl. Hachenburg, Vorträge S. 637). Daß Entsprechendes von der Übergabe der Hypothekenbriefs oder der diese ersetzenden Einigung des § 1117 Abs. 2 gilt, ist oben S. 538 Erl. 2 zu § 1117 bereits erwähnt.

Die Einheitlichkeit des Rechtes steht aber einer solchen Verfügung hinsichtlich eines der belasteten Grundstücke nicht entgegen, welche eine mit der Natur der Gesamthypothek vereinbare Verschiedenheit in der Belastung der einzelnen Grundstücke zur Folge hat, wie z. B. die Erhöhung oder die Ermäßigung des Zinsfußes oder die Herabsetzung des Kapitals (vgl. oben S. 567 Erl. 1b). Auch die Kündigung kann, da sich der Gläubiger aus jedem einzelnen Grundstücke befriedigen darf, gegenüber und von jedem Eigentümer allein geschehen; sie wirkt aber nur für und gegen den Eigentümer, der sie erklärt hat oder dem gegenüber sie erklärt ist; die Vorschrift des § 425 ist analog zur Anwendung zu bringen (vgl. Erl. 1 zu § 1141).

5. **Erlöschen der Gesamthypothek durch Befriedigung aus einem Grundstücke.** Aus der Einheitlichkeit des Rechtes des Gläubigers folgt ferner, daß die Gesamthypothek an allen belasteten Grundstücken mit der Befriedigung aus einem derselben erlischt, so daß jedes einzelne Grundstück nur unter einer auflösenden Bedingung belastet ist. Vgl. hierüber oben S. 515 Vorbm. 2f z. Absch. 8 und § 1181 Abs. 2, § 1182 nebst Erl.

6. Über die **Besonderheiten**, die für die Gesamthypothek **in den Fällen der Eigentümerhypothek sowie der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner** gelten, und über das Verhältnis der Eigentümer der einzelnen Grundstücke zu einander vgl. oben S. 515 Vorbm. 2f z. Abschn. 8 und die §§ 1172—1175, 1182 nebst Erl.

7. Der § 1132 gilt für **alle Hypothekenarten** und findet auch auf **Grundschulden und Rentenschulden** entsprechende Anwendung. Für die Übergangszeit vgl. Bd. VI S. 390 Erl. 8c zu Art. 192.

§ 1133.

E. I § 1073; II § 1041 rev. § 1117; III § 1116. P. I S. 5117ff., 5127, 6240, 6246; M. III S. 670ff. P. II Bd. 3 S. 569f.

1. Die §§ 1133—1135 bezwecken den **Schutz des Hypothekengläubigers gegen Verschlechterungen des Grundstücks, welche die Sicherheit der Hypothek gefährden,** und zwar gibt § 1133 dem Gläubiger das Recht auf vorzeitige Befriedigung, wenn eine die Sicherheit gefährdende Verschlechterung bereits eingetreten ist; § 1134 gewährt dem Gläubiger Schutz, wenn eine solche Verschlechterung erst zu besorgen ist, und § 1135 stellt einer Verschlechterung des Grundstücks die Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung der Zubehörstücke gleich.

2. **Die Voraussetzung** für das im § 1133 gewährte Recht auf vorzeitige Befriedigung bildet eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks.

a) Diese Verschlechterung muß **bereits eingetreten** sein; eine drohende Verschlechterung rechtfertigt nur die im § 1134 vorgesehenen Maßregeln.

b) Jede nach der Entstehung der Hypothek eintretende **Verschlechterung des Grundstücks** gehört hierher, einerlei, auf welche Weise sie herbeigeführt ist. Insbesondere ist es nicht erforderlich, daß der Eigentümer die Verschlechterung verschuldet oder überhaupt verursacht hat; auch Verschlechterungen durch Einwirkungen dritter Personen oder durch Naturereignisse genügen. „Denn es handelt sich hier lediglich um den aus dem dinglichen Rechte des Gläubigers sich

ergebenden Anspruch auf die Sicherheit, welche durch die Hypothek begründet wurde" (M. III S. 671). Demnach genügen auch z. B. Verschlechterungen der Gebäude, welche trotz ordnungsmäßiger Reparaturen durch Zeitablauf eintreten (a. M. Turnau-Förster I S. 668 Erl. 2, Staudinger III S. 418 Erl. 2a) und Abbrechen von Gebäuden behufs Errichtung neuer. Andererseits muß wirklich eine Verschlechterung des Grundstücks vorliegen; ein Sinken des Preises des Grundstücks, z. B. infolge einer Veränderung der Konjunkturen, steht nicht gleich (vgl. P. II Bd. 3 S. 570). Auch die Unterlassung der Weiterversicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr ist nicht als eine Verschlechterung des Grundstücks anzusehen; dies folgt aus § 1135, welcher der Verschlechterung des Grundstücks nur die Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung der mithaftenden Zubehörstücke, nicht jedes einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechende Verfahren hinsichtlich der Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, gleichstellt (RG. 52 S. 295; a. M. Rspr. 4 S. 485, Stör in Bl. f. RAnw. 1903 S. 337, Gierke, Deutsches Privatr. II § 159 Anm. 58 S. 873; vgl. auch Erl. 1b zu § 1134). Eine Verschlechterung der Bestandteile des Grundstücks bildet aber selbstverständlich, ebenso wie die des Erdkörpers selbst, eine Verschlechterung des Grundstücks.

c) **Infolge der Verschlechterung muß die Sicherheit der Hypothek gefährdet sein.** Demnach genügt nicht eine ganz unbedeutende, für die Sicherheit der Hypothek gleichgültige Verschlechterung. Andererseits ist keine Verschlechterung erforderlich, die im Verhältnisse zu dem Werte des Grundstücks erheblich ist; vielmehr ist für die Frage, ob eine Hypothek gefährdet ist, deren Rang und der nach der Verschlechterung verbleibende Wert des Grundstücks entscheidend (vgl. M. III S. 672, Fuchs S. 439 Erl. 2). Eine Gefährdung der regelmäßigen Verzinsung der Forderung genügt (M. III S. 674 zu § 1074).

3. **Recht des Gläubigers auf sofortige Befriedigung.** Liegen die in Erl. 2 erörterten Voraussetzungen vor, so kann der Hypothekengläubiger, dessen Forderung noch nicht fällig ist und der daher an sich noch nicht in der Lage ist, die Zwangsverwaltung oder die Zwangsversteigerung des Grundstücks einzuleiten, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke suchen. Er kann also die Hypothekenklage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück anstellen und nach Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung beantragen. Dagegen hat er auf Grund des § 1133 keinen Anspruch auf Beseitigung der Gefährdung, wohl aber ist der Eigentümer zu dieser berechtigt; es ist also ein Fall der alternativen Ermächtigung (Bd. II S. 47 Vorbm. 1 vor §§ 262ff.) gegeben (vgl. M. III S. 672 Ziff. 2). Deshalb kann der Gläubiger sein Recht auf sofortige Befriedigung nur unter folgenden **Einschränkungen** geltend machen:

a) **Fristbestimmung.** Der Gläubiger muß zunächst dem Eigentümer (§ 1148) eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen. Diese Einschränkung ist hauptsächlich mit Rücksicht auf die Fälle bestimmt, in denen die augenblickliche Verschlechterung eine den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechende Maßnahme oder sogar die Vorbedingung für eine Verbesserung bildet, wie z. B. das Abholzen behufs Umwandelung in ergiebiges Ackerland, das Abbrechen alter Gebäude zum Zwecke der Errichtung eines Neubaues (vgl. M. III a. a. O.). In solchen Fällen muß dem Eigentümer die zu der Änderung der Wirtschaftsart oder zu Errichtung des Neubaues erforderliche Zeit gelassen werden. Dies ist für die Beantwortung der Frage von Bedeutung, welche Frist als angemessen zu erachten ist. Die Bestimmung der Frist ist Sache des Gläubigers. Über ihre Angemessenheit wird erforderlichenfalls in dem auf Duldung der Zwangsvollstreckung erhobenen Rechtsstreite verhandelt und entschieden (M. III S. 673 unter a; s. Bd. II S. 24ff. Erl. 2—4 zu § 250).

b) **Recht des Eigentümers auf Beseitigung der Gefährdung.** Der Eigentümer ist berechtigt, den Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung abzuwenden, indem er die Gefährdung entweder durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekbestellung beseitigt. Eine völlige Wiederherstellung der früheren Sicherheit ist demnach nicht erforderlich, eine Beseitigung der Gefährdung genügt. Außer durch Verbesserung des verschlechterten Grundstücks kann die Gefährdung nur durch Hypothekbestellung mit einem anderen Grundstücke beseitigt werden; „eine durch Verpfändung beweglicher Sachen und Forderungen zu leistende Sicherheit kann nicht als genügend angesehen werden, weil es dem durch die Hypothek begründeten Rechtsverhältnisse nicht entsprechen und dieses eine zu tief eingreifende Änderung erleiden würde, wenn der Gläubiger genötigt werden könnte, eine andere als hypothekarische Sicherheit anzunehmen" (M. III S. 673 unter b). Dagegen wird die Einräumung eines besseren Ranges für die gefährdete Hypothek der anderweitigen Hypothekbestellung gleichzustellen sein. Daß die neue Hypothek

§. 1134. Wirkt der Eigenthümer oder ein Dritter auf das Grundstück in solcher Weise ein, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Ver-

---

an einem anderen Grundstücke des Eigentümers bestellt wird, ist nicht erforderlich. Sowohl die Verbesserung des Grundstücks wie auch die anderweitige Hypothekbestellung kann auch durch einen Dritten erfolgen. Der Gläubiger kann aber die Annahme der Hypothek, die ein Dritter bestellen will, nach Analogie der Vorschrift des § 267 Abs. 2 verweigern, wenn der Eigentümer widerspricht.

Daß die Gefährdung innerhalb der Frist beseitigt wird, ist nach der Fassung des Gesetzes (anders E. I und II) nicht erforderlich. Der Gläubiger verliert das Recht auf sofortige Befriedigung auch dann, wenn die Verbesserung oder die anderweitige Hypothekbestellung nach Ablauf der Frist, aber vor dem Schlusse der Versteigerung (ZVG. § 33; Fischer u. Schaefer, ZVG. S. 235 Erl. 3 zu § 33, S. 313f. Erl. 1 zu § 75) erfolgt (a. M. Turnau-Förster I S. 670 Erl. 8). In diesem Falle hat der Eigentümer dem Gläubiger übrigens zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die von diesem aufgewendeten Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (§ 1118) zu erstatten, da durch die Verbesserung des Grundstücks oder die anderweitige Hypothekbestellung nur der Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung wegen des Kapitals der Hypothekenforderung, nicht der Anspruch auf Erstattung jener Kosten beseitigt wird.

c) **Abzug des Zwischenzinses.** Schließlich enthält § 1133 Satz 3 die einschränkende Bestimmung, daß der Gläubiger, dessen Forderung unverzinslich ist, sich den Abzug des Zwischenzinses gefallen lassen muß. „Denn die Zahlung des vollen Betrags würde ihm auf Kosten des Eigentümers bzw. der in der Rangordnung ihm gleich- oder nachstehenden Berechtigten einen Vorteil verschaffen, für welchen es an einem Rechtsgrunde fehlen würde. Durch die Gefährdung der Hypothek wird nicht sowohl die Forderung fällig, als vielmehr der Gläubiger zur Geltendmachung der Hypothek vor der Fälligkeit berechtigt" (M. III S. 673). Der Zwischenzins ist, wie nach der KO. § 65 Abs. 2, nach der Hoffmannschen Methode zu berechnen; es kommen nicht 4% Zinsen des Hypothekenkapitals in Abzug, sondern der Gläubiger kann die Summe fordern, welche mit Hinzurechnung ihres Zinsenertrags (zu 4%) für die Zwischenzeit am Fälligkeitstage jenes Kapital ergibt.

4. Eine **Sondervorschrift** enthält das **Hypothekenbankgesetz** v. 13. Juli 1899 § 17 Abs. 1: „Im Falle einer Verschlechterung des beliehenen Grundstücks oder seiner Zubehörstücke, der ein unwirtschaftliches Verfahren des Besitzers nicht zugrunde liegt, finden zugunsten der Hypothekenbank die Vorschriften der §§ 1133, 1135 des BGB. über das Recht des Gläubigers auf sofortige Befriedigung aus dem Grundstücke nur in Ansehung des Betrags Anwendung, für welchen in dem verminderten Werte des Grundstücks nicht mehr die nach dem Gesetz oder der Satzung erforderliche Deckung vorhanden ist. Über diesen Betrag hinaus darf sich die Bank für den Fall einer Verminderung des Wertes des Grundstücks das Recht, die vorzeitige Rückzahlung der Hypothek zu verlangen, nicht ausbedingen". S. auch die Übergangsvorschrift des § 49 dess. Gesetzes.

5. **Ist die Hypothekenforderung bereits fällig,** so finden die Vorschriften des § 1133 keine Anwendung. Für diesen Fall stehen dem Gläubiger wegen einer Verschlechterung des Grundstücks besondere Rechte nur nach den Regeln des Rechtes der Schuldverhältnisse, insbesondere auf Grund besonderer Vereinbarungen oder nach den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen zu. Diese finden auch im Falle der Nichtfälligkeit der Forderung neben § 1133 Anwendung. Vgl. insbesondere über das sog. kalte Abbrennen RG. 42 S. 170, 44 S. 186, Josef im Recht 1905 S. 41.

6. Die Bestimmungen der §§ 1133—1135 gelten für **alle Arten der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden.**

Über ihre Anwendbarkeit auf die vor dem Inkrafttreten des Reichsgrundbuchrechts begründeten Hypotheken vgl. Bd. VI S. 390 Erl. 8d zu Art. 192.

§ 1134.

E. I § 1072; II § 1042 rev. § 1118; III § 1117. P. I S. 5117f. 5123ff., 5127; M. III S. 669f. P. II Bd. 3 S. 563f.

1. **Voraussetzungen.** Wie § 1133, bezweckt auch § 1134 den Schutz des Hypothekengläubigers gegen Verschlechterungen des Grundstücks, welche die Sicherheit der Hypothek gefährden (vgl. S. 570 Erl. 1 zu § 1133); die Voraussetzungen beider Vorschriften sind aber verschieden.

schlechterung des Grundstücks zu besorgen ist, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen.

Geht die Einwirkung von dem Eigenthümer aus, so hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen. Das Gleiche gilt, wenn die Verschlechterung deshalb zu besorgen ist, weil der Eigenthümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläßt.

---

a) Besorgnis künftiger Verschlechterung. Während zur Anwendung des § 1133 erforderlich ist, daß die Verschlechterung bereits eingetreten ist, wird der Gläubiger gemäß § 1134 schon dann geschützt, wenn eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks nur erst zu besorgen ist. „Ein solcher Fall ist namentlich dann gegeben, wenn der Eigentümer den auf dem Grundstücke stehenden Wald einem anderen zum Abholzen überlassen, das Gutsinventar verkauft, eine Entfernung desselben aber noch nicht stattgefunden hat" (M. III S. 670).

Anderseits schließt eine bereits eingetretene Verschlechterung die Anwendung des § 1134 nicht aus, wenn eine weitere Verschlechterung zu besorgen ist. Dem Gläubiger stehen alsdann die Rechte aus § 1134 neben dem Rechte aus § 1133 zu. Ein in zweiter Lesung gestellter Antrag, dies im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen, ist zurückgezogen, nachdem sein Inhalt von der Mehrheit der Kommission als selbstverständlich bezeichnet war (vgl. P. II Bd. 3 S. 569).

b) Im Gegensatze zu § 1133 setzt § 1134 Abs. 1 ferner **eine positive Einwirkung seitens des Eigentümers oder eines Dritten** voraus. Daß eine Verschlechterung lediglich infolge eines Naturereignisses oder einer Unterlassung des Eigentümers oder eines Dritten einzutreten droht, genügt nicht, um eine Klage auf Grund des § 1134 Abs. 1 zu rechtfertigen. Ein Verschulden des einwirkenden Eigentümers oder Dritten wird jedoch nicht gefordert. Der Tatbestand der Verschlechterung ist auch hier nach rein objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen (Rspr. 5 S. 321).

Die Einwirkung eines Dritten genügt nur zur Begründung der Klage auf Unterlassung gemäß Abs. 1. Voraussetzung für den Erlaß der im Abs. 2 vorgesehenen Maßregeln bildet eine Einwirkung seitens des Eigentümers. Der positiven Einwirkung steht jedoch hier nach Abs. 2 Satz 2 eine Unterlassung der erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen zufällige Beschädigungen, insbesondere auch gegen Schäden durch Naturereignisse gleich. Daß die Unterlassungen dem Eigentümer zum Verschulden anzurechnen sind, wird nicht vorausgesetzt.

Wie sich aus den in Erl. 1a angeführten Beispielen ergibt, ist zum Tatbestande der **Einwirkung auf das Grundstück** nicht erforderlich, daß eine Handlung an dem Grundstücke selbst vorgenommen wird; sie muß nur in einer solchen Beziehung zu dem Grundstücke stehen, daß infolgedessen eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks selbst oder (laut § 1135) der mithaftenden Zubehörstücke oder eine unwirtschaftliche Entfernung der letzteren zu besorgen ist (s. Rspr. 10 S. 123; vgl. jedoch auch Hellwig, Anspruch u. Klagr. S. 393f.). Auch die Unterlassung der Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr wird man deshalb als eine Unterlassung im Sinne des Abs. 2 Satz 2 ansehen dürfen, denn wenn darin auch noch keine Verschlechterung des Grundstücks zu finden ist (vgl. S. 571 Erl. 2b zu § 1133), so ist doch eine Gefährdung für den Fall eines Brandschadens, der eine Verschlechterung des Grundstücks zweifellos in sich schließt, zu befürchten (RG. 52 S. 295). Ferner ist, da das Abbrechen von Gebäuden behufs Errichtung neuer eine Verschlechterung im Sinne der §§ 1133f. bildet (oben S. 571 Erl. 2b zu § 1133), das Erwirken einer Baukonzession zu einem Neubau an Stelle des bisherigen Gebäudes hierher zu rechnen. Daß der Eigentümer die Absicht hat und imstande ist, die dem Hypothekengläubiger nachteiligen Veränderungen im Grundstücksbestande zu beseitigen, schließt die Anwendung des § 1134 nicht aus (Rspr. 5 S. 321). Weiteres Beispiel Seuff. A. 59 Nr. 262.

c) Schließlich ist § 1134, anders als § 1133, auch dann anwendbar, wenn die Hypothekenforderung bereits fällig ist (M. III S. 670).

2. Rechte des Hypothekengläubigers. Unter den in Erl. 1 erörterten Voraussetzungen steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Unterlassung der Einwirkungen und, wenn die Einwirkung von dem Eigentümer ausgeht oder dieser die im Abs. 2 Satz 2 erwähnten Vorkehrungen unterlassen hat, ein Anspruch auf gerichtliche Anordnung der zur Ab-

§. 1135. Einer Verschlechterung des Grundstücks im Sinne der §§. 1133, 1134 steht es gleich, wenn Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt, verschlechtert oder den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider von dem Grundstück entfernt werden.

---

wendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln zu. Diese Ansprüche stehen dem Gläubiger kraft seines dinglichen Rechtes zu. „Aus der dinglichen Natur der Hypothek muß für den Gläubiger der Anspruch auf die mit der Haftung des Grundstücks gegebene Sicherheit und folglich auf Abwendung aller diese Sicherheit gefährdenden Einwirkungen auf das Grundstück hergeleitet werden", heißt es in den M. III S. 669. Aus der dinglichen Natur des Anspruchs wird zugleich das. S. 670 und in den P. II Bd. 3 S. 568 f. die Unzulässigkeit eines Zwanges gegen den Eigentümer oder den Dritten zur Vornahme einer Handlung, zu einem Tun gefolgert. Daher gehen die obigen Ansprüche nur auf Unterlassung oder auf Duldung einer gerichtlich angeordneten Maßregel.

a) **Die Klage auf Unterlassung** ist gegen denjenigen zu richten, welcher die Einwirkung vorgenommen hat. Sie geht auf Unterlassung künftiger Einwirkungen. Daß diese zu besorgen sind, ist (anders als im § 862 Abs. 1 Satz 2, § 1004 Abs. 1 Satz 2, oben S. 51 Erl. 1 a β zu § 862 und S. 331 Erl. 2 β zu § 1004) nicht gefordert; es genügt, daß infolge der bereits vorgenommenen Einwirkung eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist. Die Vollstreckung erfolgt nach § 890 der CPO.

b) In dem Falle des Abs. 2 hat der Gläubiger im Wege der Klage oder auch im Wege einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935 ff. der CPO. **die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln** zu beantragen. Das auf die Klage ergehende Urteil enthält die Anordnung der Maßregel und zugleich eine Verurteilung des Eigentümers, sich ihr zu fügen (vgl. M. III S. 670; P. II Bd. 3 S. 568). Welche Maßregeln in dem einzelnen Falle anzuordnen sind, ist nach den Umständen des Falles zu entscheiden. „Die Einleitung einer Zwangsverwaltung des Grundstücks ist nicht ausgeschlossen; sie wird insbesondere dann am Platze sein, wenn es sich um die Bestellung von Feldern oder um notwendige Bauten zur Abwendung drohender Schäden handelt" (M. III S. 670), sie kann auch dann zulässig werden, wenn es sich um Abwendung des durch Feuersgefahr drohenden Schadens durch Versicherung handelt. Auf diese Zwangsverwaltung (Sequestration, CPO. § 938 Abs. 2) finden übrigens nicht ohne weiteres die Vorschriften des ZVG. §§ 146 ff. Anwendung, da die hier geregelte Zwangsverwaltung die Befriedigung und nicht lediglich die Sicherung des Gläubigers bezweckt (vgl. Busch in Gruch. 45 S. 314, Lindemann im Recht 1903 S. 204, Heinze im CBl. f. FG. 4 S. 402, Fischer u. Schaefer S. 166).

3. **Nach Einleitung einer Zwangsversteigerung können Sicherungsmaßregeln** zur Abwendung der Gefährdung der ordnungsmäßigen Wirtschaft auch auf Grund des § 25 des ZVG. von dem Vollstreckungsgericht angeordnet werden (vgl. Fischer u. Schaefer S. 222 f.). Für Preußen ist noch die durch Art. 167 des EG. (Bd. VI S. 307) aufrechterhaltene Vorschrift des § 7 des Gesetzes, betr. die Zwangsvollstreckung aus Forderungen landwirtschaftlicher (ritterschaftlicher) Kreditanstalten v. 3. August 1897 (GS. S. 388) zu vergleichen.

§ 1135.

E. I § 1074; II § 1043 rev. § 1119; III § 1118. P. I S. 5117 f., 5125 ff., 6240, 6246; M. III S. 674. P. II Bd. 3 S. 570.

1. **Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung der Zubehörstücke.** Mit Rücksicht auf den großen Einfluß, welchen das Zubehör auf den Wert eines Gutes, eines Industrie-Etablissements u. dgl. hat, erklären die M. III S. 674 es für unzweifelhaft, daß das Grundstück im Sinne der §§ 1133, 1134 sich verschlechtert, wenn Zubehörstücke, welche dem Gläubiger nach § 1120 haften, verschlechtert oder den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider entfernt werden. Trotzdem ist dies in dem Gesetz ausdrücklich ausgesprochen, um einem Zweifel vorzubeugen, der auf das freie Verfügungsrecht des Eigentümers bis zur Beschlagnahme des Grundstücks (oben S. 544 Vorbm. 2 vor § 1120, S. 549 Erl. 1 zu § 1121 u. S. 552 Erl. 1 zu § 1122) gestützt werden könnte.

Dagegen ist es, um das Verfügungsrecht des Eigentümers nicht zu sehr zu beschränken, nicht für ratsam erachtet, auch die Verfügung über die Früchte, welche nicht die Eigenschaft des

§. 1136. Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigenthümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig.

Zubehörs haben, sowie über Miet- und Pachtzinsforderungen als Verschlechterung des Grundstücks aufzufassen (M. III a. a. O.). Vgl. S. 571 Erl. 2b zu § 1133 und über das Recht des Gläubigers, der Pfändung der Früchte auf dem Halme zu widersprechen, S. 545 Vorbm. 3b vor § 1120.

2. Nach § 1120 **erstreckt sich die Hypothek auf alle Zubehörstücke** mit Ausnahme derjenigen, welche nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind (vgl. S. 548f. Erl. 3 zu § 1120).

3. Ob die Entfernung einer **ordnungsmäßigen Wirtschaft** entspricht oder nicht, entscheidet die Lage des einzelnen Falles (vgl. S. 552 Erl. 1 zu § 1122 sowie v. Brünneck in Gruch. 44 S. 103). Die unwirtschaftliche Entfernung der Zubehörstücke von dem Grundstücke befreit diese nach §§ 1121, 1122 nicht von der Haftung, wenn nicht die Veräußerung hinzukommt; sie bildet aber nach § 1135 für sich allein schon eine Verschlechterung des Grundstücks und rechtfertigt trotz der Fortdauer der Haftung, vorausgesetzt, daß dadurch die Sicherheit der Hypothek gefährdet ist (RG. 50 S. 68), den Anspruch auf vorzeitige Befriedigung aus § 1133, nicht nur, wie Fuchs S. 441 Erl. 6 meint, die Ansprüche aus § 1134.

4. Der Hypothekengläubiger kann auf Grund des § 1135 die Rechte aus §§ 1130, 1134 geltend machen, ohne daß er zuvor die **Beschlagnahme** des Zubehörs erwirkt zu haben braucht, da diese nicht die Voraussetzung für die Haftung des Zubehörs bildet. Umgekehrt steht die Erwirkung der im § 1134 Abs. 3 gedachten Maßregeln einer Beschlagnahme gleich (vgl. S. 545 Vorbm. 3c vor § 1120).

§ 1136.

E. I § 1077; II § 1044 rev. § 1120; III § 1119. P. I S. 510 ff.; M. III S. 681 f. P. II Bd. 3 S. 573.

1. **Nichtigkeit der Abrede eines Veräußerungs- oder Belastungsverbots zugunsten des Hypothekengläubigers.** Da die Rücksicht auf das Gedeihen und die fortschreitende Entwickelung der Verhältnisse des Grundbesitzes es dringend erheischen, daß der Eigentümer möglichst frei über sein Besitztum verfügen kann, insbesondere daß er, wenn seine Mittel nicht mehr ausreichen, rechtlich imstande ist, eine neue Hypothek aufzunehmen und, wenn dies nicht gelingt, das Grundstück durch Veräußerung in leistungsfähigere Hände zu bringen (M. III S. 682), erklärt § 1136 nach dem Vorgange verschiedener Landesgesetze (vgl. M. III S. 681 f. Ziff. 3) die Vereinbarung eines Veräußerungs- oder Belastungsverbots zugunsten des Hypothekengläubigers für nichtig. Durch die Erwähnung des Veräußerungsverbots neben dem Belastungsverbote geht § 1136 über die entsprechende Bestimmung des § 48 des preuß. Ges. über den EigErw. und der diesem nachgebildeten Gesetze anderer Bundesstaaten hinaus.

2. **Wirkung des Verstoßes gegen § 1136.** Die Vorschrift des § 1136 entzieht der erwähnten Vereinbarung jede, auch die obligatorische Wirkung unter den Vertragschließenden. Die dingliche Wirkung fehlt einem vertragsmäßigen Veräußerungs- und Belastungsverbote schon kraft des § 137 (Bd. I S. 247). Aus der Nichtigkeit der Vereinbarung folgt auch die Nichtigkeit der Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung (§ 344). Dagegen ist, wie nach dem preußischen Rechte (RG. 9 S. 80), als Rückzahlungsbedingung die Abrede für gültig zu erachten, daß der Gläubiger im Falle einer Veräußerung oder Belastung zur sofortigen Rückforderung des Kapitals befugt sein soll.

Da die Nichtigkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäfts die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts zur Folge hat, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, hat das Grundbuchamt regelmäßig den Antrag auf Eintragung einer Hypothek mit einem gegen § 1136 verstoßenden Veräußerungs- oder Belastungsverbot abzulehnen und nicht etwa jene ohne dieses einzutragen (abw. Turnau-Förster I S. 676 Erl. 4 unter Berufung auf § 16 Abs. 2 GBO.).

3. Nichtig ist nur die Vereinbarung, durch die **der Hypothek** ein Veräußerungs- oder Belastungsverbot hinzugefügt, dem Hypothekengläubiger in dieser Eigenschaft eine besondere Befugnis verliehen werden soll, also nicht ein Vertrag zwischen dem Eigentümer und einem anderen als dem Hypothekengläubiger, z. B. dem Verkäufer oder dem Pächter des Grundstücks; selbst wenn der Verkäufer zugleich Hypothekengläubiger sein sollte, ihm z. B. für das rückständige

§. 1137. Der Eigenthümer kann gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach §. 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Eigenthümer nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet.

Ist der Eigenthümer nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet.

Kaufgeld eine Hypothek bestellt worden, die Abrede aber nicht mit Rücksicht auf diese Hypothek getroffen ist, ist die Vereinbarung gültig, aber nach § 137 ohne dingliche Wirkung und daher nicht eintragungsfähig (RG. 55 S. 78; a. M. für den Fall einer Kaufgeldrestshypothek **Biermann** S. 334).

Ob die Abrede vor, bei oder nach der Begründung der Hypothek getroffen wird, ist gleichgültig, sofern sie nur mit Rücksicht auf die Hypothek vereinbart ist.

Eine Beschränkung des Belastungsverbots auf gewisse Rechte macht die Vereinbarung nicht wirksam; auch eine Abrede, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht mit Reallasten zu belasten, ist nichtig.

4. Nicht unter das Verbot des § 1136 fällt die Vereinbarung, durch welche der Eigentümer sich seinem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, über eine ihm zufallende **Eigentümerhypothek** nicht zu verfügen (vgl. § 1179 nebst Erl.).

5. Der § 1136 gilt nicht nur **für alle Arten der Hypotheken,** sondern auch für **Grundschulden und Rentenschulden.**

Über seine Anwendbarkeit auf die vor dem Inkrafttreten des BGB. getroffenen Vereinbarungen vgl. Bd. VI S. 390 Erl. 8c zu Art. 192 und **Fuchs** S. 443 Erl. 5.

6. Über die Frage nach der Gültigkeit einer **Vereinbarung, durch die sich umgekehrt der Gläubiger dem Eigentümer gegenüber zur Nichtveräußerung des Grundstücks verpflichtet,** vgl. Erl. 3b, 3c zu § 1147.

§ 1137.

E. I § 1084 Abs. 3; II § 1045 rev. § 1121; III § 1120. P. I S. 5077 ff., 5233 ff., 5434 ff., 5442 f., 5517, 11976 f.; M. III S. 696 ff. P. II Bd. 3 S. 580 ff. D. S. 671.

1. **Die dingliche Klage des Hypothekengläubigers.** Da die Hypothek zur Sicherung einer Forderung dient, stehen dem Gläubiger zwei Ansprüche zu, die persönliche Klage gegen den Schuldner der gesicherten Forderung und der dingliche Anspruch gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks oder gegen einen Dritten, welcher das dingliche Recht des Gläubigers beeinträchtigt (vgl. z. B. S. 573 f. Erl. 2 zu § 1134). Die persönliche Klage wird von den Vorschriften des Abschn. 8 nicht betroffen, für sie sind nur die Bestimmungen des Rechtes der Schuldverhältnisse oder, wenn die gesicherte Forderung eine familienrechtliche oder erbrechtliche ist, die des Familienrechts oder des Erbrechts neben den Vorschriften des allgemeinen Teiles maßgebend. Auch die Vorschrift des § 1137 bezieht sich nicht auf die persönliche Klage und auch nicht auf den dinglichen Anspruch gegen einen Dritten; sie regelt nur die Einreden, welche dem Eigentümer gegen den auf Befriedigung aus dem Grundstücke gerichteten dinglichen Anspruch (gegen die „Hypothek") zustehen.

Über die Begründung der dinglichen Klage vgl. Erl. 3 zu § 1138 (für die Sicherungshypothek Erl. 1a zu § 1184), über die Aktivlegitimation bei der Briefhypothek die Erl. zu § 1160, über die Passivlegitimation § 1148 und über den Gegenstand der Klage und den Klagantrag § 1147, über die Fälligkeit § 1141 nebst Erl.

2. **Einwendungen des Eigentümers.** Gegenüber der dinglichen Klage stehen dem Eigentümer verschiedene Arten von Einwendungen zu, durch die er den Anspruch des Hypothekengläubigers entkräften oder hemmen kann.

a) **Einwendungen aus einem persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Eigentümer.** Wenn zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger ein persönliches Rechtsverhältnis besteht, so kann jener diesem Einwendungen entgegenhalten, welche sich auf dieses Verhältnis gründen. Dies war in dem E. I § 1084 Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochen; von der zweiten Kommission ist die Vorschrift als selbstverständlich gestrichen (vgl. P. II Bd. 3 S. 581). Danach kann der Eigentümer z. B. dem Gläubiger entgegenhalten, daß er sich ihm gegenüber verpflichtet habe, die Hypothek überhaupt oder während einer bestimmten Frist nicht geltend zu machen. Diese Einwendungen sind mit denen aus dem persönlichen Schuldverhältnisse, welches

der Hypothek zugrunde liegt, nicht identisch (abw. scheinbar P. II a. a. O.). Eine Einwendung aus diesem, also eine vom § 1137 betroffene Einrede gegen die Forderung liegt vor, wenn der Gläubiger dem persönlichen Schuldner Stundung bewilligt, wenn er sich verpflichtet, sein persönliches Forderungsrecht eine bestimmte Zeit hindurch nicht geltend zu machen. Dagegen steht hier die Bewilligung einer Stundung oder ein Verzicht auf die Geltendmachung des dinglichen Rechtes gegenüber dem von dem persönlichen Schuldner verschiedenen dinglich Verpflichteten in Frage.

Auch aus einem zwischen ihm und einem früheren Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse kann der Eigentümer dem jetzigen Gläubiger gegenüber eine Einrede herleiten, soweit nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs entgegensteht (vgl. § 1157 nebst Erl.).

Dagegen kann er nicht umgekehrt eine Einrede geltend machen, die einem früheren Eigentümer gegen den Gläubiger aus einem zwischen diesen beiden bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisse zustand. Derartige obligatorische Gegenrechte gehen auf den neuen Eigentümer nur dann über, wenn er Gesamtnachfolger des Vorgängers ist oder das Gegenrecht abgetreten erhalten hat (vgl. M. III S. 700 Ziff. 2).

b) Ferner kann der Eigentümer dem Gläubiger alle **Einwendungen gegen das Bestehen des dinglichen Rechtes** entgegensetzen. Hierher gehören die Einwendungen, daß der Eintragungsvermerk nicht den durch § 1115 vorgeschriebenen wesentlichen Inhalt hat oder daß die zur Entstehung der Hypothek erforderliche Einigung, der dingliche Vertrag, nicht zustande gekommen, daß er wegen Geschäftsunfähigkeit eines Kontrahenten, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot, als Scheingeschäft oder aus anderen Gründen von vornherein nichtig oder wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung rechtzeitig angefochten und dadurch nichtig geworden sei (s. S. 89 Erl. III 5 zu § 873). Dagegen kann nicht jeder Eigentümer die Anfechtbarkeit des dinglichen Vertrags geltend machen; denn zur Anfechtung sind nur die bestimmten Anfechtungsberechtigten befugt und bis zur Anfechtung besteht das anfechtbare Rechtsgeschäft zu Recht (vgl. Band I S. 182 Vorbm. VII 2 z. Abschn. 3). Insbesondere geht das Anfechtungsrecht des Eigentümers, der die anfechtbare Hypothek bestellt hat, auf dessen Sondernachfolger im Eigentume des Grundstücks nicht über (vgl. M. III S. 698 α).

Zu den gegen den Bestand des dinglichen Rechtes gehörenden Einwendungen gehört ferner z. B. die Behauptung, daß die Hypothek wegen des Ausfalls einer aufschiebenden Bedingung nicht entstanden oder durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins erloschen sei.

Alle diese Einwendungen sind nach § 892 nur insoweit zulässig, als der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht entgegensteht.

c) Der Eigentümer kann weiter **die Aktivlegitimation des Gläubigers bestreiten.** Daß der Rechtsvorgänger des Gläubigers eingetragen war, steht dem Einwande, daß er zur Verfügung über die Hypothek nicht berechtigt war und der jetzige Gläubiger daher das Hypothekenrecht nicht erworben hat, nicht entgegen, sofern nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs den Erwerber schützt; eine dem § 38 Abs. 3 des preuß. Eig.Erw.Ges. entsprechende weitergehende Vorschrift ist in das BGB. nicht übernommen (vgl. M. III S. 701 Ziffer 4, Achilles 4. Aufl. S. 212 ff.; RG. 30 S. 273).

d) Ferner stehen dem Eigentümer **die Einwendungen des persönlichen Schuldners gegen die Forderung** zu. Dies bestimmt § 1137 zwar nicht für alle Einwendungen, wohl aber für die Einreden. Vgl. über diesen Unterschied Bd. I S. 53 Vorbm. VIII z. Buch. 1. Danach bildet die Einrede ein Gegenrecht, das den Verpflichteten berechtigt, die Erfüllung des gültig entstandenen und noch fortbestehenden Anspruchs zu verweigern, während die Behauptung einer Tatsache, welche das Nichtentstehen oder die Aufhebung des Anspruchs zur Folge hat, keine Einrede, sondern nur eine Einwendung darstellt. Durch die Beschränkung der Vorschrift des § 1137 auf Einreden sind dem Eigentümer die sonstigen Einwendungen des persönlichen Schuldners gegen die Forderung nicht entzogen. Behauptet er, daß die Forderung nicht entstanden oder erloschen sei, so bestreitet er damit das Recht des Gläubigers; die Hypothek steht nicht diesem, sondern dem Eigentümer zu, wenn die Forderung, für welche sie bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen ist (§ 1163 Abs. 1).

Auch die Geltendmachung dieser Einwendungen ist durch den Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gemäß § 1138 eingeschränkt, und einige Einreden des persönlichen Schuldners sind dem Eigentümer entzogen (vgl. Erl. 3).

e) Schließlich kann der Eigentümer nach § 1137 **die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden** geltend machen, vorbehaltlich der Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs laut § 1138 (vgl. über diese Einreden Erl. 4).

3. Die Vorschrift des § 1137, daß der Eigentümer gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen kann, entspricht der Bestimmung des § 768 über die Bürgschaft und erklärt sich, wie diese, aus der grundsätzlichen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung (vgl. oben S. 508 Vorbm. 2a z. Abschn. 8). Auf Grund derselben kann der Eigentümer z. B. auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags dem Gläubiger entgegensetzen, wenn die Forderung, für welche die Hypothek besteht, auf einem gegenseitigen Vertrage beruht (Bd. II S. 136 Erl. zu § 320; vgl. RG. in Gruch. 32 S. 949). Auch die Einrede der Rechtskraft kann der Eigentümer auf ein zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner ergangenes Urteil stützen. In den §§ 325—327 der CPO. ist zwar die Wirksamkeit eines für oder gegen den persönlichen Schuldner ergangenen Urteils auf den Hypothekenschuldner nicht erstreckt. Danach kann ein zuungunsten des Schuldners lautendes Urteil dem Eigentümer nicht entgegengehalten werden. Daß dieser sich aber — ebenso wie ein Bürge (Bd. II Erl. zu § 767) — umgekehrt dem Gläubiger gegenüber auf ein zugunsten des persönlichen Schuldners ergangenes Erkenntnis berufen kann, folgt aus § 1137 (vgl. Bd. I S. 44ff. Vorbm. IV 5 z. Buch 1).

Von der obigen Regel gelten, abgesehen von den Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 1138), folgende **Ausnahmen:**

a) **Die Einrede der Verjährung** der Forderung steht dem Eigentümer nicht zu, denn die Verjährung eines durch eine Hypothek gesicherten Anspruchs hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem belasteten Grundstücke zu suchen. Nur einem Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke für Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen kann die Einrede der Verjährung der Forderung entgegengesetzt werden (vgl. § 223 nebst Erl., Bd. I S. 369f.). Gegenüber diesem letzteren Anspruche kommt neben der Einrede der Verjährung der persönlichen Forderung auch die Einrede der Verjährung des dinglichen Anspruchs in Betracht, da nach § 902, abweichend von den sonstigen Ansprüchen aus eingetragenen Rechten, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichteten Ansprüche der Verjährung unterliegen (vgl. oben S. 159f.). Gegenüber einem Anspruch auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen kann der Eigentümer demnach die Einrede der Verjährung vorbringen, wenn entweder die persönliche Forderung oder der dingliche Anspruch verjährt ist. Dies ist von Bedeutung, weil die Verjährung des einen Anspruchs von der des anderen unabhängig ist, insbesondere die Erhebung der einen Klage die Verjährung der anderen nicht unterbricht.

b) Wie dem Bürgen durch § 768 Abs. 1 Satz 2 ist auch dem Eigentümer die Berufung auf **die beschränkte Haftung des Erben** des persönlichen Schuldners entzogen, da die Hypothek gerade den Zweck hat, dem Gläubiger eine von dem Vermögensstande des Schuldners unabhängige Sicherheit zu gewähren (M. III S. 701 Ziff. 5). Über die Beschränkung der Haftung des Erben vgl. Bd. V die Vorbm. z. Tit. 2 des Abschn. 2 und die Vorbm. vor § 1975.

c) Durch einen im Konkurse des Schuldners abgeschlossenen **Zwangsvergleich** werden die Rechte des Gläubigers aus der Hypothek nicht berührt (KO. § 193).

d) Über die Anfechtungs- und die Aufrechnungseinrede vgl. Erl. 4.

4. **Die Einreden des Bürgen.** Die akzessorische Natur der Hypothek rechtfertigt es, dem Hypothekenschuldner nicht nur, wie einem Bürgen, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden, sondern auch sonstige Einreden des Bürgen zu gewähren. Alle dem Bürgen zustehenden Einreden sind dem Eigentümer freilich nicht zugebilligt; abgesehen von der bereits (Erl. 3a) besprochenen Einrede der Verjährung der Forderung, welche dem Bürgen unbeschränkt zusteht, fehlt dem Eigentümer vor allem die Einrede der Vorausklage (§§ 771—773); nur wenn die Hypothek für eine Bürgschaftsschuld bestellt, der Bürge also der persönliche Schuldner der durch die Hypothek gesicherten Forderung ist, kann der Eigentümer diese Einrede als eine dem persönlichen Schuldner zustehende vorschützen. Dagegen kann der Eigentümer, wie der Bürge, nach §§ 1137, 770 die Befriedigung des Gläubigers verweigern, „solange dem Schuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten" sowie „solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Schuldners befriedigen kann". Der Eigentümer ist zwar nicht befugt, das Anfechtungsrecht des Schuldners geltend zu machen oder über eine jenem zustehende Gegenforderung durch deren Aufrechnung mit der Hypothekenforderung zu verfügen; erst wenn die Anfechtung durch den Schuldner oder die Aufrechnung durch den Schuldner oder den Gläubiger erfolgt ist, kann er sich auf die dadurch herbeigeführte Nichtigkeit oder Tilgung der Forderung berufen. Bis zu der

§. 1138. Die Vorschriften der §§. 891 bis 899 gelten für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigenthümer nach §. 1137 zustehenden Einreden.

Anfechtungserklärung des Schuldners hat er aber eine verzögerliche Einrede, und eine solche steht ihm auch vor der Aufrechnung zu, aber nicht wenn der Schuldner zur Aufrechnung berechtigt ist, sondern nur wenn der Gläubiger sich durch Aufrechnung der Hypothekenforderung gegen eine fällige Forderung des Schuldners befriedigen kann, zwei Fälle, die sich zwar regelmäßig, aber nicht notwendig decken.

5. Die Vorschrift des § 1137 Abs. 2, nach welcher der Verzicht des persönlichen Schuldners auf eine Einrede dem Eigentümer nicht nachteilig ist, entspricht der für die Bürgschaft geltenden Bestimmung des § 768 Abs. 2 und erklärt sich daraus, daß der persönliche Schuldner nicht durch neue Rechtsgeschäfte die Rechtslage des Eigentümers verschlechtern kann. Sie findet nicht nur dann Anwendung, wenn die Hypothek von vornherein für eine fremde Schuld bestellt ist, sondern auch wenn später durch Veräußerung des Grundstücks oder durch Schuldübernahme die Identität des persönlichen Schuldners und des Eigentümers aufhört sowie auch wenn der persönliche Schuldner an einem ihm nicht gehörenden Grundstück eine Hypothek bestellt, die auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs wirksam ist.

Auf die im § 770 aufgeführten Einreden (Erl. 4) findet die Vorschrift des § 768 Abs. 2 keine Anwendung; der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers nur so lange verweigern, als der Schuldner zur Anfechtung oder der Gläubiger zur Aufrechnung befugt ist; verzichtet also der Schuldner auf das Anfechtungsrecht oder beseitigt er die Möglichkeit der Aufrechnung gegen die Hypothekenforderung durch Einziehung oder sonstige Verfügung über seine Gegenforderung, so geht dem Bürgen die Einrede verloren. Dasselbe gilt auch auf Grund des § 1137 für den Eigentümer; § 1137 Abs. 2 findet also nur auf die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung, nicht auf die einem Bürgen nach § 770 zustehenden Einreden Anwendung. Der Eigentümer verliert seine Einrede insbesondere auch dadurch, daß der Schuldner der Aufrechnung des Gläubigers mit einer anderen ihm gegen den Schuldner zustehenden Forderung nicht gemäß § 396 widerspricht (vgl. Hachenburg, Vorträge S. 550 f.); a. M. in dem letzten Punkte Turnau-Förster I S. 681 f. Erl. II 2, Staudinger III S. 425 Erl. 2b, Willenbücher S. 181.

6. Der § 1137 findet auf alle Hypothekenarten, aber nicht auf die Grundschulden und die Rentenschulden Anwendung.

§ 1138.

E. I § 1063, § 1065 Abs. 1; II § 1046 rev. § 1122; III § 1121. P. I S. 5077 ff., 5086 ff., 11976; M. III S. 694 ff., 702 f. P. II Bd. 3 S. 580, 584 f. D. S. 669, 671.

1. Der § 1138 dehnt die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs mit Einschluß der damit zusammenhängenden Bestimmungen über die Berichtigung des Grundbuchs und über die Widersprüche gegen dessen Richtigkeit sowie mit Einschluß der im § 891 bestimmten Rechtsvermutung auf die Forderung und die dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden aus. Die §§ 891—899 finden nämlich an sich nur auf das dingliche Recht als solches, nicht auf die Forderung, für welche die Hypothek besteht, Anwendung. Die Erstreckung auf diese entspricht aber dem bisherigen Rechte und ist damit begründet, daß das Öffentlichkeitsprinzip „nur eine halbe Wahrheit wäre, wenn dem Erwerber einer eingetragenen Hypothek zwar das dingliche Recht, soweit dasselbe seine Lebensbedingungen nicht in der Forderung hat, die Forderung selbst aber nicht gewährleistet würde“ sowie daß „das Realkreditbedürfnis auf volle Befriedigung nur rechnen kann, wenn derjenige, welcher im Vertrauen auf das Grundbuch sich eine Hypothekenforderung abtreten oder überweisen läßt, sich darauf verlassen darf, daß er das Recht auch in Ansehung der Forderung gerade so erwirbt, wie dasselbe durch das Grundbuch nachgewiesen wird“ (M. III S. 602).

2. Die Bestimmung des § 1138 gilt aber nur „für die Hypothek“, nicht für das persönliche Schuldverhältnis; nur insoweit gilt rücksichtlich der Forderung der Inhalt des Grundbuchs als richtig und vollständig, als dies für den Bestand der Hypothek in Betracht kommt (RG. 49 S. 6, 363; Rambohr in Gruch. 44 S. 367). Macht der Erwerber einer Hypothekenforderung nicht den dinglichen, sondern den persönlichen Anspruch geltend, so streitet keine Rechtsvermutung für das Bestehen der Forderung und ist jede Einwendung gegen deren Bestand und Inhalt zulässig und der mit der persönlichen Klage belangte Darlehnsschuldner wird des Beweises der Rückzahlung

des Darlehens nicht durch die Löschung der für dieses bestellten Hypothek überhoben (Meyer im Recht 1903 S. 38). Hiervon gilt auch für den Fall der Verbindung der persönlichen mit der dinglichen Klage keine Ausnahme (s. RG. 49 S. 363).

3. Rechtsvermutung des § 891. Stellt der Gläubiger dagegen die dingliche Klage gegen den Eigentümer des Grundstücks an, so streitet nicht nur kraft des § 891 für das Bestehen des dinglichen Rechtes zugunsten des eingetragenen Gläubigers, sondern nach § 1138 auch für das Bestehen der Forderung eine Rechtsvermutung. Der im Grundbuch eingetragene Gläubiger braucht also weder das Bestehen des dinglichen Rechtes noch auch die Entstehung und den Erwerb der Forderung, insbesondere z. B. nicht die Auszahlung der Darlehnsvaluta zu beweisen, sondern es ist Sache des verklagten Eigentümers, zu behaupten und zu beweisen, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, daß z. B. das Darlehen nicht ausgezahlt ist. Zur Begründung der dinglichen Klage genügt der Hinweis auf den Inhalt des Grundbuchs. Bei der Briefhypothek muß jedoch, sofern der Gläubiger nicht im Besitze des Briefes ist, der Nachweis hinzukommen, daß ihm der Brief von dem Eigentümer übergeben oder daß die Vereinbarung getroffen ist, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117; vgl. oben S. 539f. Erl. 3, 4 zu § 1117). Ist der Kläger nicht als Gläubiger eingetragen, so hat er auf Verlangen des Eigentümers die im § 1155 geforderte zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen oder Überweisungsbeschlüssen oder öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen einer kraft Gesetzes erfolgten Forderungsübertragung vorzulegen (§ 1160 Abs. 1 Halbs. 2). Über die Vorlage des Hypothekenbriefs vgl. § 1160 Abs. 1.

Zur Entkräftung der Rechtsvermutung des Bestehens der Forderung genügt der Nachweis, daß die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, nicht entstanden ist, und die Frage, für welche Forderung die Bestellung erfolgt ist, beantwortet sich in erster Linie nach dem Grundbuch oder der Eintragungsbewilligung. Der Eigentümer braucht also nicht nachzuweisen, daß dem Gläubiger überhaupt keine Forderung zusteht (a. M. Meyer im Recht 1900 S. 317), sondern nur, daß ihm eine Forderung aus dem im Grundbuch oder in der Eintragungsbewilligung angegebenen Schuldgrunde nicht erwachsen ist (s. S. 532 Erl. 5a zu § 1115); behauptet der Gläubiger die Unrichtigkeit des angeführten Schuldgrundes, so ist es seine Sache, den Beweis zu führen, daß die Hypothek für eine andere Forderung bestellt und daß diese entstanden ist (RG. 49 S. 302, Rspr. 6 S. 124). Anderseits erscheint es bedenklich, wenn man im Anschluß an RG. 49 S. 6 ganz allgemein sagen wollte, zur Entkräftung der Vermutung reiche bei einer Darlehnshypothek das Zugeständnis des Gläubigers aus, bei der Eintragung der Hypothek die Darlehnsvaluta nicht gezahlt zu haben. Da eine Darlehnsforderung nicht nur durch bare Zahlung der Valuta, sondern nach § 607 Abs. 2 auch durch die Abrede begründet werden kann, daß das aus einem anderen Rechtsgrunde geschuldete Geld als Darlehen geschuldet werden solle, genügt das Zugeständnis des Gläubigers, ein bares Darlehen nicht gegeben zu haben, höchstens dann, wenn feststeht, daß die Hypothek für ein bares Darlehen bestellt ist (vgl. RG. 57 S. 320, JW. 1905 S. 318). Außerdem kann eine Hypothek nicht nur für ein gegenwärtiges, sondern auch für ein erst später auszuzahlendes Darlehen bestellt werden. Letzterenfalls hat der Eigentümer nachzuweisen, daß die vereinbarte Auszahlung der Darlehnsvaluta unterblieben ist; für sie streitet die Vermutung, so daß ein nachträglicher Grundbuchvermerk über die erfolgte Auszahlung überflüssig und unzulässig ist (Rspr. 5 S. 388). Demnach ist nur, wenn die Bestellung einer Hypothek für ein gegenwärtiges Darlehen in Frage steht, auf den Zeitpunkt der Bestellung entscheidendes Gewicht zu legen. Als dieser Zeitpunkt kommt aber für die Briefhypothek nach dem oben S. 510 Vorbm. 2c, S. 537f. Erl. 1 zu § 1117 Gesagten nicht der der Eintragung der Hypothek, sondern der Zeitpunkt der Übergabe des Briefes in Betracht. Schließlich ist zugunsten des Hypothekengläubigers zu beachten, daß das in der Eintragungsbewilligung oder der zugrunde liegenden Schuldurkunde regelmäßig enthaltene Darlehnsschuldbekenntnis das Anerkenntnis des Bestehens eines Schuldverhältnisses im Sinne des § 812 Abs. 2 bildet, das von dem Eigentümer gemäß §§ 812ff. zu entkräften ist (s. RG. 57 S. 320). Über die Folgerungen, die sich für die Praxis aus der Entsch. des RG. Bd. 49 S. 6 ergeben, vgl. noch Oberneck in Z. d. DNot.Ver. 1902 S. 307.

Von den vorstehenden Sätzen wird für den Fall eine Ausnahme zu machen sein, daß in dem Grundbuche selbst oder in der darin in bezug genommenen Eintragungsbewilligung die gesicherte Forderung als eine bedingte oder künftige bezeichnet ist. In diesem Falle liegt dem Gläubiger der Beweis des Eintritts der Bedingung oder der Entstehung der Forderung ob und

die Eintragung eines Vermerkes, daß die Bedingung eingetreten, die Forderung entstanden sei, ist als der Vermerk einer Inhaltsänderung zuzulassen.

Nach § 891 Abs. 2 streitet ferner nach der Löschung der Hypothek oder einer der im § 1137 erwähnten Einreden die Vermutung für das Nichtbestehen der Forderung oder der Einrede.

Im übrigen sind über die Bedeutung der Vorschriften des § 891 die Erl. zu diesem Paragraphen, oben S. 131 f., zu vergleichen.

4. Nach §§ 892, 1138 gilt zugunsten desjenigen, welcher eine Hypothek oder ein Recht an einer Hypothek durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs nicht nur hinsichtlich des dinglichen Rechtes, insbesondere der Rechtsgültigkeit der Einigung, sondern auch hinsichtlich der Forderung und der im § 1137 erwähnten Einreden als richtig. Einem solchen Erwerber kann daher nicht entgegengehalten werden, daß die Forderung nicht bestehe oder irgend welchen sonstigen Einwendungen unterliege, es sei denn, daß die Einwendung dem Erwerber zur Zeit des Erwerbes oder zur Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung seines Erwerbes (vgl. § 892 Abs. 2) bekannt ist oder daß sie sich aus dem Grundbuch oder — bei Briefhypotheken — aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf diesem (§ 1140, ergibt (vgl. RG. 52 S. 260; Rspr. 10 S. 124). Demnach gilt insbesondere auch zugunsten eines redlichen Erwerbers eine bereits getilgte oder sonst erloschene Forderung als fortbestehend; in diesem Falle besteht die Hypothek trotz ihrer akzessorischen Natur ohne die persönliche Forderung, denn da der Grundsatz des öffentlichen Glaubens durch § 1138 auf die Forderung nur „für die Hypothek" erstreckt ist, ist die Forderung für die persönliche Klage erloschen. Weil aber die persönliche Forderung für die Hypothek zugunsten des gutgläubigen Erwerbers als fortbestehend gilt, verwandelt sich die Hypothek nicht in eine Grundschuld.

Für die Forderungen auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen sowie auf Erstattung von Kosten gilt gemäß § 1159 eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des § 892.

Umgekehrt kann sich auch der gutgläubige Erwerber des Grundstücks auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hinsichtlich des Inhalts des Forderungsrechts, z. B. der Verzinsungs- und der Rückzahlungsbedingungen, berufen und insbesondere die im Grundbuch eingetragenen Einreden geltend machen, auch wenn sie nicht mehr bestehen sollten.

Vgl. im übrigen die Erl. zu § 892, oben S. 133 ff.

5. Nach § 893 gilt der eingetragene (oder gemäß § 1155 legitimierte) Hypothekengläubiger zugunsten des Eigentümers des Grundstücks, welcher an jenen eine Leistung bewirkt oder mit ihm in Ansehung der Hypothek oder auch der gesicherten Forderung ein sonstiges Rechtsgeschäft vornimmt, das eine Verfügung über dieses oder jenes Recht enthält, als Berechtigter, sofern das Gegenteil weder dem Eigentümer bekannt noch aus einem Vermerk im Grundbuch oder auf dem Hypothekenbrief erhellt. Der wahre Berechtigte muß das Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen, aber nach dem in Erl. 2 Gesagten nur, wenn er sein dingliches Recht verfolgt; die persönliche Klage wird dadurch nicht berührt. Dies trifft aber ohne weiteres lediglich den wahren Berechtigten zur Zeit der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts, dagegen einen späteren Erwerber der Hypothek nur, soweit ihm nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite steht (§§ 1156, 1157). Wenn also z. B. der irrtümlich eingetragene Hypothekengläubiger und der Eigentümer statt der bisherigen vierteljährigen eine halbjährige Kündigungsfrist für die Forderung vereinbaren, kann der letztere sich dem wahren Gläubiger gegenüber hierauf berufen, es sei denn, daß ihm die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen war; zur Wirksamkeit dieser Vereinbarung bedarf es aber als einer Änderung des Inhalts des dinglichen Rechtes der Eintragung in das Grundbuch (§ 877).

Umgekehrt muß auch der wirkliche Eigentümer ein zwischen dem Bucheigentümer und dem Hypothekengläubiger vorgenommenes Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen, sofern weder die Unrichtigkeit des Grundbuchs dem letzteren bekannt noch ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist.

Vgl. im übrigen die Erl. zu § 893, oben S. 141 ff. Nach § 1141 Abs. 1 Satz 2 gilt aber für eine Kündigung zugunsten des Gläubigers ohne Rücksicht auf dessen guten Glauben der Bucheigentümer als der wirkliche Eigentümer (vgl. auch § 1156 Satz 2 und § 1148).

6. Berichtigung des Grundbuchs und Widerspruch gegen dessen Richtigkeit. Da der Eigentümer die nicht aus dem Grundbuche hervorgehenden Einwendungen gegen den Anspruch aus der Hypothek verliert, wenn der Gläubiger über die Hypothek zugunsten eines redlichen Dritten verfügt, so muß ihm ein Mittel zur Verfügung stehen, die Eintragung der Einwendungen zu erwirken und dadurch die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs abzuschneiden.

§. 1139. Ist bei der Bestellung einer Hypothek für ein Darlehen die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen worden, so genügt zur Eintragung eines Widerspruchs, der sich darauf gründet, daß die Hingabe des Darlehens unterblieben sei, der von dem Eigenthümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag, sofern er vor dem Ablauf eines Monats nach der Eintragung der Hypothek gestellt wird. Wird der Widerspruch innerhalb des Monats eingetragen, so hat die Eintragung die gleiche Wirkung, wie wenn der Widerspruch zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre.

Dieses Mittel gewährt ihm das BGB. durch die §§ 894—899 in Verbindung mit § 1138 (vgl. M. III S. 702). Danach kann, sowohl wenn der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung des dinglichen Rechtes, einer Belastung dieses Rechtes oder einer Verfügungsbeschränkung, als auch wenn er bezüglich der Forderung und der gegen die Hypothek zulässigen Einreden mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht, derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Soweit dies zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich ist, hat der Verpflichtete auch auf Verlangen sein Recht eintragen zu lassen und der Besitzer des Hypothekenbriefs diesen dem Grundbuchamte vorzulegen. Glaubt derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll, diese nicht schnell genug erwirken zu können, so kann er gemäß § 899 die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erwirken. Im einzelnen sind die Erläuterungen zu den §§ 894—899, oben S. 143 ff. zu vergleichen.

Auf Grund dieser Vorschriften kann insbesondere der Eigentümer die Zustimmung des Hypothekengläubigers zu der Eintragung einer ihm zustehenden Einrede oder auch, wenn die Forderung nicht entstanden oder erloschen ist, dessen Zustimmung zu der Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Eigentümers (§ 1163) sowie die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs zur Sicherung der Einrede oder der Eigentümerhypothek erwirken (a. M. Fuchs S. 451, der nicht stets den Widerspruch, sondern unter Umständen die Vormerkung für den geeigneten Rechtsbehelf erklärt, die Einrede grundbuchmäßig zu beurkunden; s. dagegen Sekler, Vormerkung S. 287 ff.). Einen Sonderfall des letzterwähnten Widerspruchs behandelt § 1139.

Umgekehrt steht auch dem Hypothekengläubiger ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gegen den Eigentümer zu, wenn der Inhalt der Forderung falsch eingetragen oder eine nicht zu Recht bestehende Einrede gebucht ist; auch dieser Anspruch kann durch einen Widerspruch gesichert werden.

7. Eine weitere Ausdehnung haben die Vorschriften der §§ 891—899 durch die §§ 1155, 1157 erfahren.

8. Auf die **Grundschuld** und die **Rentenschuld** sowie auf die **Sicherungshypothek** findet § 1138 keine Anwendung; vgl. oben S. 508 ff. Vorbm. 2a, 2b z. Abschn. 8 und unten §§ 1184, 1185, § 1192 Abs. 1. Inwieweit er für **die zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsrechts bestehenden Hypotheken** gilt, ist Bd. VI S. 391 Erl. 8f zu Art. 192 erörtert.

§ 1139.

E. I § 1085 Abs. 2, § 1111; II § 1047 rev. § 1123; III § 1122. P. I S. 5091 ff., 5267, 5269, 5272 ff.; M. III S. 703 f., 747 f. P. II Bd. 3 S. 584 f., 647. D. S. 671.

1. **Widerspruch wegen unterbliebener Darlehnshingabe bei der Buchhypothek.** Da bei der Briefhypothek der Gläubiger grundsätzlich erst durch Übergabe des Briefes seitens des Eigentümers die Hypothek und auch die Möglichkeit, über diese zu verfügen, erwirbt (§§ 1117, 1154; GBO. § 42), ist der Eigentümer bei der Bestellung einer Briefhypothek für ein Darlehen in der Lage, Verfügungen des Gläubigers über die Post vor Auszahlung der Darlehnsvaluta zu verhindern, indem er ihm erst gegen Empfang der Valuta den Brief übergibt (vgl. oben S. 511 Vorbm. 2c z. Abschn. 8). Bei der Buchhypothek ist dagegen ein Austausch Zug um Zug unmöglich; hier kann zwar die Aushändigung der Eintragungsbewilligung an den Gläubiger gegen Empfang der Valuta erfolgen, aber damit erwirbt der Gläubiger die Hypothek noch nicht, und er kann auch nicht unbedingt damit rechnen, daß die Vollziehung der Eintragung nicht beanstandet werden wird. Bei der Buchhypothek muß daher stets eine Vorleistung erfolgen; entweder muß

der Gläubiger vorleisten, indem er das Darlehen vor der Eintragung der Hypothek auszahlt, oder der Eigentümer, indem er die Eintragung vor dem Empfange der Darlehnsvaluta erwirkt. Meist wird der letztere Weg eingeschlagen werden, da der Gläubiger zu seiner Sicherheit erst nach der Eintragung das Geld auszahlen wird.

In diesem Falle erwirbt der Gläubiger zwar erst mit der Auszahlung der Darlehnsvaluta die Hypothek; bis dahin steht sie mangels der Forderung als Grundschuld dem Eigentümer zu (§ 1163). Der Gläubiger ist aber kraft seiner Eintragung in der Lage, über die Hypothek zu verfügen und dem Eigentümer die Einwendung, daß er die Darlehnsvaluta nicht erhalten habe und deshalb Inhaber der Post als einer Eigentümergrundschuld sei, durch deren Abtretung an einen gutgläubigen Erwerber zu entziehen. Gegen diese Möglichkeit kann der Eigentümer sich nur durch Eintragung eines Widerspruchs sichern. Nach den Vorschriften des § 899 bedarf er hierzu einer einstweiligen Verfügung oder einer Bewilligung des eingetragenen Gläubigers. Bevor er aber diese oder jene Voraussetzung beschafft hat, kann der Gläubiger bereits über die Post verfügt haben. Deshalb trifft § 1139 eine Sondervorschrift, durch welche die Eintragung eines Widerspruchs erleichtert und dem rechtzeitig eingetragenen Widerspruche rückwirkende Kraft beigelegt wird (vgl. M. III S. 703f.; Hachenburg, Vorträge S. 553f.).

2. **Diese Vorschrift findet nur Anwendung:**

a) **auf eine Buchhypothek für eine Darlehnsforderung.** Bei einer Briefhypothek kann sich der Eigentümer, wie in Erl. 1 erwähnt, durch Zurückhaltung des Briefes schützen, und für eine andere Forderung als ein Darlehen fehlt es an einem Bedürfnisse für eine entsprechende Bestimmung (vgl. Hachenburg a. a. O. S. 554);

b) nur zur Sicherung der **Einwendung, daß die Auszahlung der Darlehnsvaluta unterblieben sei.** Ein anderer dem Eigentümer gegen das Recht des eingetragenen Gläubigers zustehender Einwand ist nicht gleichgestellt, und auch auf den Fall der Nichtauszahlung der Zessionsvaluta seitens des Zessionars der Buchhypothek ist die Sondervorschrift nicht etwa zugunsten des Zedenten analog anzuwenden, obwohl dieser ebenfalls der in Erl. 1 geschilderten Gefahr ausgesetzt ist (vgl. Hachenburg a. a. O.);

c) nur bei Wahrung der **Frist von einem Monate nach der Eintragung der Hypothek.** Innerhalb dieser Frist muß der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt eingehen (vgl. über den für den Eingang maßgebenden Zeitpunkt Achilles-Strecker, GBO. S. 195 Erl. 4b zu § 13). Auf einen später gestellten Antrag finden nicht die Sondervorschriften des § 1139, sondern nur die Bestimmungen des § 899 Anwendung (vgl. jedoch Erl. 4b zu § 1180 über die entsprechende Anwendung des § 1139 auf den Fall des § 1180).

3. Von der Regel des § 899 gilt in dem in Erl. 2 erörterten Falle zunächst für die **Voraussetzung der Eintragung des Widerspruchs** eine Ausnahme. Es wird weder eine Eintragungsbewilligung des Hypothekengläubigers noch eine einstweilige Verfügung gefordert, sondern der Antrag des Eigentümers für genügend erklärt. Dieser Antrag findet seine Begründung in den aus dem Grundbuch ersichtlichen Tatsachen, daß die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, daß die Hypothek für eine Darlehnsforderung bestellt und daß seit ihrer Eintragung zur Zeit des Einganges des Antrags noch kein Monat verstrichen ist. Der Eigentümer kann also lediglich unter Hinweis auf den Inhalt des Grundbuchs die Eintragung des Widerspruchs beantragen, daß die Hypothek mangels Auszahlung der Darlehnsvaluta nicht dem eingetragenen Gläubiger, sondern ihm zustehe. Er braucht die Nichtauszahlung der Valuta in keiner Weise zu bescheinigen. Irrig ist es auch, wenn Oberneck I S. 946, Turnau-Förster I S. 692 Erl. 3, Fuchs S. 453 Erl. 4 u. a. annehmen, daß der Antrag die Grundlage der Eintragung, eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung im Sinne des § 29 der GBO. bilde und daher in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde abgegeben werden müsse. Nur die oben angeführten, aus dem Grundbuch ersichtlichen Tatsachen bilden die Voraussetzungen der Eintragung im Sinne des § 29; der Antrag ist ein gewöhnlicher Eintragungsantrag im Sinne des § 30 der GBO. Bei der Sorgfalt in der Fassung der Vorschriften des BGB. folgt dies schon daraus, daß § 1139 nur einen Antrag und nicht eine Erklärung des Eigentümers fordert, daß die Auszahlung des Darlehens unterblieben sei.

Nur der Eigentümer ist antragsberechtigt, nicht etwa z. B. der persönliche Schuldner.

4. Die zweite Besonderheit besteht in der **rückwirkenden Kraft des Widerspruchs.**

a) **Voraussetzung.** Im Gegensatze zu der in Erl. 3 erwähnten Besonderheit tritt diese aber nicht schon dann ein, wenn der Eintragungsantrag innerhalb der Monatsfrist gestellt ist, sondern für sie bildet die Eintragung des Widerspruchs innerhalb des Monats die Voraussetzung.

§. 1140. Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, ist die Berufung auf die Vorschriften der §§. 892, 893 ausgeschlossen. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich.

Wenn also der Antrag innerhalb der Monatsfrist eingeht, die Eintragung aber nicht mehr vor Ablauf der Frist erfolgt, so kann der Widerspruch zwar auf den bloßen Antrag des Eigentümers noch eingetragen werden; er entbehrt aber der rückwirkenden Kraft (vgl. P. II Bd. 3 S. 585).

b) Wirkung. Der innerhalb des Monats eingetragene Widerspruch hat die gleiche Wirkung, wie wenn er zugleich mit der Hypothek eingetragen wäre. Demnach kann der Eigentümer die Einwendung, daß die Post wegen des Nichtempfanges der Darlehnsvaluta eine Eigentümergrundschuld sei (§ 1163), nicht nur dem Rechtsnachfolger des Gläubigers, der die Hypothek oder ein Recht an ihr erst nach der Eintragung des Widerspruchs erworben hat, sondern jedem, auch dem früheren redlichen Erwerber entgegen halten. Der Erwerber einer Darlehnsbuchhypothek kann sich also diesem Einwande gegenüber auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen, wenn er die Hypothek innerhalb eines Monats nach ihrer Eintragung erwirbt und der Widerspruch rechtzeitig eingetragen wird.

Weitere Wirkungen sind dem Widerspruche nicht beigelegt. Insbesondere streitet für das Bestehen der Darlehnsforderung trotz des Widerspruchs die Rechtsvermutung der §§ 891, 1138. Dem Eigentümer liegt der Nachweis ob, daß die Hingabe des Darlehens unterblieben sei (vgl. Frey im CBl. f. FG. 3 S. 562, Turnau-Förster I S. 691 Erl. 2 Abs. 3; a. M. Fuchs S. 453 Erl. 3, weil angesichts des Widerspruchs die Vermutung aus § 891 zessiere; vgl. dagegen oben S. 132 Erl. 5a zu § 891).

5. Auf die **Grundschuld** und die **Rentenschuld** sowie auf die **Sicherungshypothek** findet die Vorschrift des § 1139 keine Anwendung, auf letztere deshalb nicht, weil dem Eigentümer bei dieser die Einwendungen gegen die Forderung gegen jeden Erwerber ohne weiteres zustehen (vgl. §§ 1184, 1185 nebst Erl. 1 zu § 1184, Erl. 1c zu § 1185).

§ 1140.

E. I § 1116; II § 1048 rev. § 1124; III § 1123. P. I S. 5267 ff., 5470, 12020; M. III S. 756. P. II Bd. 3 S. 659. D. S. 672.

1. **Vorzug des Buchinhalts vor dem Briefinhalte.** „Der Hypothekenbrief hat an sich weder den öffentlichen Glauben, welcher dem Grundbuche beigelegt wird, noch die Aufgabe, durch seinen Inhalt eine zur Vollendung des dinglichen Vertrags erforderlichen Eintragung in das Buch zu ersetzen. Wenn daher in dieser oder jener Beziehung Buch und Brief inhaltlich sich nicht decken, so entscheidet das Buch" (M. III S. 756; vgl. oben S. 511 Vorbm. 2c z. Abschn. 8 und S. 536 f. Erl. 4 zu § 1116). Von diesem Satze gilt zugunsten des Briefhypothekengläubigers keine Ausnahme. Dieser kann sich nie darauf berufen, daß er sich auf den mit dem Grundbuche nicht übereinstimmenden Inhalt des Briefes verlassen habe (vgl. P. II Bd. 3 S. 660 ff.). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs hat nur insofern eine Ausdehnung erfahren, als der gemäß § 1155 legitimierte Besitzer des Briefes für die Anwendung der Vorschriften der §§ 891—899 einem eingetragenen Gläubiger gleichgestellt ist.

2. **Dagegen schränkt § 1140 die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zum Nachteile des Briefhypothekengläubigers ein.** Nach §§ 892, 893 muß der Hypothekengläubiger die Unrichtigkeit nur dann gegen sich gelten lassen, wenn in dem entscheidenden Zeitpunkt (vgl. S. 139 Erl. II 2b δ zu § 892, S. 143 Erl. 2 zu § 893) ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen oder die Unrichtigkeit ihm bekannt ist. Der Kenntnis der Unrichtigkeit steht das Kennenmüssen nicht gleich. Nach den allgemeinen Bestimmungen würde also dem Briefhypothekengläubiger nicht entgegengehalten werden können, daß er die Unrichtigkeit des Grundbuchs zwar nicht gekannt habe, aber aus dem Briefe hätte erkennen müssen. Dies ändert § 1140 in der Erwägung, daß das Gesetz zum Schutze von Treu und Glauben im Verkehre davon ausgehen müsse, daß niemand eine Briefhypothek erwerben werde, ohne vorher Kenntnis von dem Inhalte des Briefes genommen zu haben; daher müsse jeder, der den Anspruch aus der Hypothek erhebe, sich so behandeln lassen, als habe er vor dem Erwerbe den Hypothekenbrief und die auf demselben befindlichen Vermerke gelesen, ohne mit der Behauptung gehört zu werden, daß er von dem Inhalte der Urkunde keine Kenntnis erlangt habe (M. III S. 756).

§. 1141. Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so ist die Kündigung für die Hypothek nur wirksam, wenn sie von dem Gläubiger

---

Nicht erforderlich ist, daß die Unrichtigkeit aus dem von dem Grundbuchamte festgestellten Inhalte des Briefes oder aus einem von diesem nachträglich darauf gesetzten Vermerk erhellt; auch **Privatvermerke** haben die gleiche Wirkung, einerlei von wem sie herrühren und in welcher Form und Fassung sie ausgestellt sind, sofern nur aus ihnen die Unrichtigkeit des Grundbuchs hervorgeht. Demnach kann sich der Eigentümer alle ihm zustehenden Einwendungen durch einen Vermerk auf dem Hypothekenbriefe gegen jeden Erwerber erhalten. Von praktischer Bedeutung ist namentlich der Vermerk einer Teilzahlung (vgl. § 1145).

Die von Kretzschmar I S. 270 aufgeworfene Frage, in welcher Weise Privatvermerke mit der Wirkung beseitigt werden können, daß ihnen keine Bedeutung mehr zukommt, läßt sich nicht allgemein beantworten. Es ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob trotz der Änderung oder des Zusatzes die Unrichtigkeit des Grundbuchs noch aus dem Briefe hervorgeht. Ein Durchstreichen des Vermerkes, durch das dieser völlig unleserlich wird, genügt zur Beseitigung seiner Wirkung und einer bloß privatschriftlichen Anerkennung seiner Unrichtigkeit ist nicht schlechthin die Bedeutung abzusprechen (a. M. Kretzschmar a. a. O.).

3. Die Fassung des § 1140 weicht in mehreren Punkten vom E. I § 1116 ab.

a) Anders als dieser verlangt das Gesetz nicht, daß eine die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergebende „Tatsache" aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgehe, sondern nur, **daß die Unrichtigkeit erhelle.** Über diesen Unterschied und den Grund der Änderung vgl. Erl. II 2b α zu § 892, oben S. 138 (abw. Jacobi, Wertpapiere S. 326f.).

b) Während die erste Kommission es abgelehnt hatte, einen **Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs** als möglichen Inhalt eines Vermerkes auf dem Briefe zu bezeichnen, weil hierdurch dem Mißverständnisse Raum gegeben würde, als ob es zulässig wäre, den zur Veröffentlichung des Widerspruchs bestimmten Vermerk anstatt in das Buch in den Brief einzutragen (vgl. M. III S. 756), stellt das Gesetz einen aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgehenden Widerspruch einem im Grundbuch eingetragenen ausdrücklich gleich. Die Eintragung des Widerspruchs in das Grundbuch wirkt nicht konstitutiv; sie schneidet nur die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ab (vgl. S. 154 Erl. 5 zu § 899) und kann daher durch die Eintragung auf dem Briefe ersetzt werden. Daß der Widerspruch von dem Grundbuchamt auf dem Briefe vermerkt ist, ist nach der Fassung des § 1140 Satz 2 nicht erforderlich (s. Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 122, Ramdohr in Gruch. 44 S. 369f.).

Auch eine **Verfügungsbeschränkung** kann auf dem Briefe vermerkt werden und dadurch gegen einen gutgläubigen Erwerber Wirkung erlangen; wie bei dem Widerspruche dient auch bei ihr die Eintragung in das Grundbuch nur dazu, die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auszuschließen (vgl. M. III S. 756).

4. Die Vorschrift des § 1140 gilt nach § 1157 auch für **Einreden,** welche dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen.

5. **Verfahrensvorschriften.** Um einen Widerspruch zwischen dem Inhalte des Briefes und des Buches möglichst zu vermeiden, schreibt die GBO. §§ 42, 62 vor, daß bei einer Briefhypothek eine Eintragung regelmäßig nur erfolgen soll, wenn der Brief vorgelegt wird, und daß jede bei der Briefhypothek erfolgende Eintragung von dem Grundbuchamt auf dem Briefe zu vermerken ist (vgl. Achilles-Strecker, GBO. S. 274ff., 311f.).

Mit der Vorschrift des § 1140 steht ferner auch die Bestimmung des § 68 Abs. 2 der GBO. im Zusammenhange, nach welcher bei der Erteilung eines neuen Briefes die auf dem bisherigen Briefe befindlichen Vermerke, die nach den §§ 1140, 1145, 1157 für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger in Betracht kommen, auf den neuen Brief zu übertragen sind (vgl. Achilles-Strecker S. 318 Erl. 2b zu § 68).

6. Der § 1140 gilt auch für **Briefgrundschulden und Briefrentenschulden.**

§ 1141.

E. I § 1079; II § 1049 rev. § 1125; III § 1124. P. I S. 5069ff., 11976; M. III S. 687ff. P. II Bd. 3 S. 574ff.

1. **Kündigung von oder gegenüber dem Eigentümer (Abs. 1 Satz 1).** Aus der akzessorischen Natur der Hypothek folgt, daß die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs mit der der persönlichen

dem Eigenthümer oder von dem Eigenthümer dem Gläubiger erklärt wird. Zu Gunsten des Gläubigers gilt derjenige, welcher im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen ist, als der Eigenthümer.

Hat der Eigenthümer keinen Wohnsitz im Inland oder liegen die Voraussetzungen des §. 132 Abs. 2 vor, so hat auf Antrag des Gläubigers das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück liegt, dem Eigenthümer einen Vertreter zu bestellen, dem gegenüber die Kündigung des Gläubigers erfolgen kann.

Forderung eintritt (vgl. oben S. 533 Erl. 5c zu § 1115). Danach müßte, wenn die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigungsfrist abhängt, eine von dem Gläubiger gegenüber dem persönlichen Schuldner oder von diesem an jenen erfolgte Kündigung zur Herbeiführung der Fälligkeit auch des dinglichen Anspruchs erforderlich sein und genügen. Diese Folgerung aus der akzessorischen Natur der Hypothek würde aber dem Interesse des Eigentümers, wenn dieser ein anderer als der persönliche Schuldner ist, widerstreiten. Deshalb bestimmt § 1141, daß, um die Fälligkeit der Forderung für die Hypothek, d. h. für und gegen den Eigentümer herbeizuführen, nicht die Kündigung durch oder an den persönlichen Schuldner, sondern nur eine von oder gegenüber dem Eigentümer erklärte Kündigung in Betracht kommt (vgl. M. III S. 688; P. II Bd. 3 S. 574). In den P. II a. a. O. wird es als natürlicher bezeichnet, „den Eigentümer und den persönlichen Schuldner in der hier fraglichen Beziehung im Verhältnisse zum Gläubiger ähnlich wie Gesamtschuldner zu behandeln und deshalb (dem § 425 des BGB. entsprechend) die Kündigung des einen nicht gegenüber dem anderen wirken zu lassen".

Völlig wirkungslos ist für den Eigentümer übrigens eine von dem persönlichen Schuldner dem Gläubiger oder von diesem jenem erklärte Kündigung nicht. Dieselbe hat zwar nicht die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs und das Recht des Gläubigers, Befriedigung aus dem Grundstücke zu fordern, zur Folge, wohl aber die Fälligkeit der persönlichen Schuld und damit nach § 1142 die Berechtigung des Eigentümers, den Gläubiger zu befriedigen.

Über die Kündigung einer Gesamthypothek vgl. oben S. 570 Erl. 4 zu § 1132. Steht das belastete Grundstück im Eigentume mehrerer Personen, so muß die Kündigung gegenüber oder von allen Miteigentümern erfolgen, sofern nicht auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses eine Ausnahme gilt.

2. Der Bucheigentümer gilt als Eigentümer (Abs. 1 Satz 2). Wenn der im Grundbuch eingetragene Eigentümer nicht der wirkliche Eigentümer ist, so würde der letztere eine von jenem oder jenem gegenüber erklärte Kündigung nach §§ 1138, 893 nicht anzuerkennen brauchen, wenn zur Zeit der Kündigung dem Gläubiger die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit im Grundbuch eingetragen oder auf dem Briefe vermerkt war (vgl. S. 142f. Erl. 1 a. E., 2 zu § 893). Dies wird, um dem Gläubiger die Kündigung zu erleichtern (P. II Bd. 3 S. 575f.), durch die Vorschrift des § 1141 Abs. 1 Satz 2 dahin geändert, daß eine dem Bucheigentümer gegenüber erfolgte oder eine von diesem erklärte Kündigung stets zugunsten des Gläubigers gegen den wirklichen Eigentümer wirkt, auch wenn dem Gläubiger die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt oder ein Widerspruch eingetragen ist. Selbst der Fall, daß der Bucheigentümer seine Eintragung durch eine strafbare Handlung erlangt hat und dies dem Gläubiger bekannt ist, ist nicht ausgenommen (vgl. indessen Dernburg III § 222 Ziff. 3a, Eck, Vorträge II S. 285f.).

Diese Bestimmung gilt nur „zugunsten des Gläubigers". Der Gläubiger ist also nicht verpflichtet, eine von dem Bucheigentümer erfolgte Kündigung gegen sich gelten zu lassen. Zweifelhaft ist, ob der Gläubiger, welcher dem Bucheigentümer gekündigt hat, die Unwirksamkeit dieser Kündigung dem wahren Eigentumer gegenüber geltend machen kann. Die Vorschrift des § 1141 Abs. 1 Satz 2 würde dem nicht entgegenstehen. Aber es dürfte doch gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Gläubiger die von ihm selbst dem Bucheigentümer gegenüber vorgenommene und zu seinen Gunsten dem wahren Eigentümer gegenüber wirksame Kündigung sich selbst gegenüber als unwirksam behandeln könnte.

3. Kündigung von oder gegenüber dem Buchgläubiger. Für den Fall, daß der mit dem wirklichen Gläubiger nicht identische eingetragene oder gemäß § 1155 legitimierte Gläubiger dem Eigentümer die Hypothek kündigt oder diese jenem gegenüber gekündigt wird, fehlt es an einer

dem § 1141 Abs. 1 Satz 2 entsprechenden Vorschrift. Diese Kündigung ist wirkungslos. Der wirkliche Gläubiger kann sich nie auf sie berufen; er muß sie aber nach §§ 893, 1138 auf Verlangen des Eigentümers gelten lassen, wenn er nicht beweist, daß zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer das mangelnde Recht jenes Gläubigers bekannt oder ein Widerspruch gegen dessen Gläubigerrecht in das Grundbuch eingetragen war (vgl. S. 142f. Erl. 1 a. E., 2 zu § 893).

4. **Wirksamkeit der Kündigung gegenüber Rechtsnachfolgern.** Wenn nach erfolgter Kündigung ein Wechsel in dem Eigentume des Grundstücks eintritt, so wirkt die Kündigung auch für und gegen den Erwerber. Dieser kann sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen, weil die Tatsache der Kündigung nicht zur Eintragung bestimmt ist (vgl. M. III S. 689 Ziff. 3). Dagegen kann er sich hinsichtlich der Kündbarkeit auf die Eintragung im Grundbuche berufen und eine Vereinbarung über die Zulässigkeit der Kündigung und über die Kündigungsfrist, die nicht im Grundbuche vermerkt ist, kann ihm nur dann entgegen gehalten werden, wenn er sie zur Zeit seines Erwerbes kannte (vgl. oben S. 533 Erl. 5c zu § 1115). Über die Wirksamkeit einer Kündigung gegenüber dem Ersteher des Grundstücks vgl. ZVG. § 54 (Fischer u. Schaefer S. 267f.).

Umgekehrt wirkt eine Kündigung auch dem Rechtsnachfolger des Gläubigers gegenüber, der die Kündigung erklärt hat oder dem gegenüber sie erklärt ist, sofern sie vor der Übertragung der Hypothekenforderung erfolgt ist. Auch eine nach diesem Zeitpunkte dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung muß der neue Gläubiger gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist (vgl. § 1156 Satz 2 nebst Erl. 3b).

5. **Bestellung eines Vertreters für den Eigentümer (Abs. 2).** Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Auf sie finden daher die Vorschriften der §§ 130—132 Anwendung (vgl. Bd. I S. 233ff.). Nach § 132 Abs. 1 ist insbesondere auch die Zustellung der Kündigung durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers zulässig. Auf diesem Wege kann sich der Kündigende den urkundlichen Beweis der Kündigung sichern. Zur Gültigkeit der Kündigung ist aber weder die Zustellung noch die Beobachtung einer sonstigen Form erforderlich.

Da die Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung erst mit dem Augenblicke wirksam wird, in dem sie dem anderen Teile zugeht, ist eine Kündigung nicht möglich, wenn der letztere oder sein Aufenthalt unbekannt und ein zum Empfange der Kündigung ermächtigter Vertreter nicht vorhanden oder nicht bekannt ist. In diesem Falle gewährt die Vorschrift des § 132 Abs. 2 (vgl. Bd. I S. 242 Erl. 3 zu § 132) Abhilfe, welche die Zustellung nach dem für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der CPO. gestattet, wenn sich der Kündigende über die Person desjenigen, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben ist, in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis befindet oder der Aufenthalt dieser Person unbekannt ist. Diese Vorschrift wird durch § 1141 Abs. 2 ergänzt, allerdings nicht für den Fall, daß der Gläubiger oder sein Aufenthalt unbekannt ist, in diesem Falle greift nur die Vorschrift des § 1171 ergänzend ein (vgl. Erl. 2a und 5 zu § 1171). Wenn sich aber der Gläubiger in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis über die Person des Eigentümers befindet oder wenn dessen Aufenthalt unbekannt ist, hat der Gläubiger nicht nur das Recht auf öffentliche Zustellung, sondern auch auf Bestellung eines Vertreters für den Eigentümer. Das letztere Recht steht ihm auch dann zu, wenn der Eigentümer keinen Wohnsitz im Inlande hat. Zuständig zur Bestellung des Vertreters ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück liegt, während zur Bewilligung der öffentlichen Zustellung bei Unkenntnis der Person des Gegners entweder das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirke der Kündigende seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat, oder (bei Unkenntnis des Aufenthalts des Gegners) das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Gegner den letzten Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes den letzten Aufenthalt hatte. Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften des FGG.

6. Über die Befugnis des Eigentümers, bei der Kündigung einer Briefhypothek die Vorlage des Briefes und, wenn der Gläubiger nicht eingetragen ist, die Vorlage der Urkunden zu fordern, durch die sein Gläubigerrecht gemäß § 1155 bewiesen wird, vgl. § 1160 Abs. 2.

7. Auf eine Sicherungshypothek findet § 1141 keine Anwendung (vgl. § 1185 Abs. 2 und Erl. 1d zu § 1185); für die Grundschuld und die Rentenschulden sind seine Vorschriften durch §§ 1193, 1201, 1202 modifiziert.

§. 1142. Der Eigenthümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

---

§ 1142.

E. I §§ 1080, 1082; II § 1050 rev. § 1126; III § 1125. P. I S. 5177, 5180f., 5332; M. III S. 689f., 693f. P. II Bd. 3 S. 577, 579, 767; Bd. 4 S. 602f.

1. **Recht des Eigentümers zur Befriedigung des Gläubigers.** Wie oben S. 517 Vorbm. 3 erwähnt, vermeidet es das BGB., von einer Verpflichtung des Eigentümers als solchen zur Zahlung der Hypothekensumme zu sprechen. Verpflichtet zur Zahlung ist nur der persönliche Schuldner, der Eigentümer also nur dann, wenn er zugleich der persönliche Schuldner ist. Kraft des dinglichen Rechtes kann der Gläubiger nur die Zahlung der Geldsumme aus dem Grundstück und den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsvollstreckung erwirken (§ 1147). Dagegen gewährt das BGB. in Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte dem nicht mit dem persönlichen Schuldner identischen Eigentümer das Recht zur Befriedigung des Gläubigers und spricht dies nach dem Vorgang einzelner Landesgesetze, um jeden Zweifel abzuschneiden und um die Anwendung des § 267 Abs. 2 auszuschließen (s. Erl. 3), ausdrücklich aus (vgl. M. III S. 689f.).

Auf den Fall der Identität des persönlichen Schuldners und des Eigentümers findet nicht § 1142, sondern die §§ 362ff. Anwendung (a. M. Rspr. 10 S. 123).

2. **Voraussetzung des Befriedigungsrechts.** Zur Befriedigung des Gläubigers ist der Eigentümer berechtigt:

a) wenn die Forderung dem Eigentümer gegenüber fällig geworden ist. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich, vorbehaltlich der Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, nach dem Inhalte des Forderungsrechts (vgl. S. 533 Erl. 5c zu § 1115). Wenn jedoch zur Herbeiführung der Fälligkeit eine Kündigung erforderlich ist, muß diese nach § 1141 von oder gegenüber dem Eigentümer, nicht dem persönlichen Schuldner erklärt sein, um die Fälligkeit des Rechtes dem Eigentümer gegenüber herbeizuführen (vgl. S. 585ff. Erl. zu § 1141, insbes. Erl. 1);

b) oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Demnach berechtigt die Fälligkeit der persönlichen Schuld den Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers selbst dann, wenn die Forderung dem Eigentümer gegenüber nicht fällig geworden ist, weil die Kündigung nicht von oder gegenüber dem Eigentümer, sondern von oder gegenüber dem persönlichen Schuldner erfolgt ist. Daß der Schuldner vor der Fälligkeit der persönlichen Schuld zur Leistung berechtigt ist, weil die Bestimmung der Leistungszeit auf Grund der Auslegungsregel des § 271 Abs. 2 nur als zugunsten des Schuldners getroffen anzusehen ist, wird bei Hypotheken selten der Fall sein. Vgl. im übrigen über die Leistungszeit Erl. zu § 271 Bd. II S. 61f.

3. **Widerspruch des Schuldners.** Der Gläubiger ist zur Annahme der Befriedigung durch den Eigentümer selbst dann verpflichtet, wenn der Schuldner widersprechen sollte. Die Vorschrift des § 267 Abs. 2 (Bd. II S. 55 Erl. 2 zu § 267) findet keine Anwendung.

4. Die Vorschrift des Abs. 2, welche dem Eigentümer die **Befriedigung durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung** gestattet, versteht sich nicht von selbst (vgl. Bd. II S. 56 Erl. 4 zu § 267 und S. 57 Erl. 4 zu § 268 sowie M. III S. 693f.). Auf die Hinterlegung finden die Vorschriften der §§ 372ff. (Bd. II S. 229ff.), auf die Aufrechnung die der §§ 387ff. (Bd. II S. 249ff.) Anwendung; insbesondere ist jene nur unter den im § 372 angeführten Voraussetzungen zulässig. Dem Eigentümer ist aber nur die Aufrechnung mit einer ihm zustehenden Gegenforderung, nicht mit einer Forderung des persönlichen Schuldners gestattet; auf Grund einer Gegenforderung des Schuldners kann der Eigentümer dem Gläubiger nur eine verzögerliche Einrede entgegensetzen, wie oben S. 578f. Erl. 4 zu § 1137 bereits erörtert ist. Ob der Eigentümer mit einer ihm gegen einen früheren Gläubiger zustehenden Gegenforderung aufrechnen darf, wird in Erl. 3a zu § 1156 erörtert werden. Der § 1142 gewährt nur dem Eigentümer, nicht dem Gläubiger die Aufrechnungsbefugnis; der letztere hat kraft seiner Hypothek nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück oder den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsvollstreckung und ist daher nicht befugt, den Anspruch aus der Hypothek gegen eine Forderung des Eigentümers, der nicht der persönliche Schuldner ist, aufzurechnen (vgl. P. II Bd. 4 S. 602f.).

§. 1143. Ist der Eigenthümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des §. 774 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

Besteht für die Forderung eine Gesammthypothek, so gelten für diese die Vorschriften des §. 1173.

Befriedigung des Gläubigers durch Hingabe an Erfüllungsstatt ist gemäß § 364 mit Einwilligung des Gläubigers ebenfalls möglich.

5. **Durch die Befriedigung erwirbt** der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer nach § 1143 **die Forderung mit der Hypothek.**

6. Über das **Recht dritter Personen, den Eigentümer zu befriedigen,** vgl. § 1150 nebst Erl.

7. Auf die **Grundschuld** findet § 1142 ebenfalls Anwendung, jedoch mit der Einschränkung, daß der Eigentümer nicht zur Befriedigung befugt ist, wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Für die **Rentenschuld** kommt § 1202 in Betracht.

§ 1143.

E. I § 1094 Abs. 1, 2, 4, § 1095; II § 1051 rev. § 1127; III § 1126. P. I S. 5183 ff., 5202 f., 5205 ff., 5225 f., 11996; M. III S. 725 ff. P. II Bd. 3 S. 607 f., 631 ff. D. S. 670 f.

Bruck, Die Eigentümerhypothek (1903) S. 196 ff.

1. **Übergang der Forderung auf den den Gläubiger befriedigenden Eigentümer.** Mit der Befriedigung des Gläubigers erlischt regelmäßig dessen Forderung. Dies hat nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 zur Folge, daß die Hypothek als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1) auf den Eigentümer übergeht. Ausnahmsweise tritt jedoch nicht ein Erlöschen der Forderung, sondern deren Übergang auf denjenigen ein, welcher den Gläubiger befriedigt; dieser erwirbt alsdann mit der Forderung auch die Hypothek (§ 1153). Dies ist der Fall, soweit ein Gesamtschuldner oder ein Mitbürge den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern bzw. den übrigen Bürgen Ausgleichung fordern kann (§ 426 Abs. 2, § 774 Abs. 2) sowie wenn der die Befriedigung aus dem Grundstücke fordernde Gläubiger von einem an dem Grundstücke Berechtigten oder von dem Besitzer des Grundstücks befriedigt wird und der Befriedigende Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung in das Grundstück sein Recht an diesem oder den Besitz zu verlieren (§§ 268, 1150). Ein weiterer Fall ergibt sich aus KO. § 225 Abs. 2 im Nachlaßkonkurse (RG. 55 S. 160, Jaeger KO. S. 892 Anm. 7 zu § 225).

Dem Bürgen, welcher nach § 774, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner nebst der Hypothek erwirbt, steht ähnlich der Eigentümer des belasteten Grundstücks, der nicht der erspönliche Schuldner ist, wenn er von dem ihm durch § 1142 gewährten Rechte zur Befriedigung des Gläubigers Gebrauch macht. Wie der Bürge (vgl. Bd. II Erl. 1 zu § 774), will auch er nicht den Hauptschuldner von seiner Verbindlichkeit befreien, sondern den gegen ihn gehenden Anspruch des Gläubigers tilgen, und wie dem Bürgen, wird auch ihm regelmäßig ein Rückgriffsrecht gegen den Eigentümer zustehen. Dadurch rechtfertigt sich die entsprechende Anwendung der den Übergang der Forderung auf den Bürgen regelnden Vorschriften des § 774 Abs. 1 auf den Eigentümer.

2. **Die Voraussetzungen** für die Anwendung des § 1143 sind folgende:

a) **Der Eigentümer** muß den Gläubiger befriedigen. Die Befriedigung durch einen Dritten steht nicht gleich; sie überträgt weder auf den Eigentümer noch, von den in Erl. 1 erwähnten Fällen abgesehen, auf den Dritten die Forderung nebst der Hypothek, sondern führt das Erlöschen der Forderung herbei und macht die Hypothek zur Eigentümergrundschuld. Erfolgt aber die Befriedigung durch den Dritten im Namen des Eigentümers, so findet, gehörige Vertretungsmacht des Dritten oder die Zustimmung des Eigentümers vorausgesetzt, § 1143 Anwendung, da eine persönliche Tilgung durch den Eigentümer nicht vorgeschrieben ist (s. Oberneck in Gruch. 47 S. 322 f.). Umgekehrt findet der § 1143 keine Anwendung, wenn der zahlende Eigentümer die Zahlung nicht im eigenen Namen, sondern z. B. im Namen des persönlichen Schuldners bewirkt hat (KG. 27 S. A 278). Im Verhältnisse zum Eigentümer ist der Konkursverwalter im Konkurse des Eigentümers kein Dritter; befriedigt er den Gläubiger, so geht die Forderung unter den sonstigen Voraussetzungen des § 1143 auf den Eigentümer über und gehört zur Konkursmasse

(vgl. Rspr. 9 S. 378; Jaeger KO. S. 401 Anm. 4 zu § 47). Über die Befriedigung durch einen Miteigentümer s. Erl. 7 zu § 1173.

Der Befriedigende muß zur Zeit der Befriedigung Eigentümer sein, wenn er auch nicht als solcher eingetragen zu sein braucht. Zahlt der frühere Eigentümer oder derjenige, welcher das Grundstück zwar schon gekauft, aber noch nicht aufgelassen erhalten hat, so findet § 1143 keine Anwendung; die Hypothek geht nicht auf den Zahlenden über, sofern dieser nicht der persönliche Schuldner ist und von dem Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann (§ 1164), sondern als Grundschuld auf den Eigentümer zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers (KG. 26 S. A 300, 28 S. A 122). Das gleiche wird man auch annehmen müssen, wenn der Erwerber des Grundstücks nach der Auflassung, aber vor seiner Eintragung als Eigentümer den Gläubiger befriedigt, da erst mit dieser das Eigentum übergeht (anders KG. 28 S. A 122; dagegen Zschoche in CBl. f. FG. 5 S. 814).

b) Der den Gläubiger befriedigende Eigentümer darf **nicht der persönliche Schuldner** sein; sonst erwirbt er nicht die Forderung, sondern nur das dingliche Recht als Grundschuld. Ist die Hypothek also von dem zahlenden Eigentümer selbst bestellt, so findet § 1143 nur Anwendung, wenn er sie für eine fremde Schuld bestellt hat, oder die persönliche Schuld inzwischen mit seiner Einwilligung (§ 418 Abs. 1 Satz 3) durch Schuldübernahme auf einen anderen Schuldner übergegangen ist. Ist der Befriedigende Rechtsnachfolger des Hypothekbestellers, so darf er nicht durch Erbgang oder Schuldübernahme gemäß § 416 (Bd. II S. 298ff.) persönlicher Schuldner des Gläubers geworden sein; durch Schuldübernahme wird er aber erst zum persönlichen Schuldner, nachdem der Gläubiger die Schuldübernahme genehmigt hat oder nach der im § 416 vorgesehenen Mitteilung des Veräußerers die sechsmonatige Erklärungsfrist hat verstreichen lassen (KG. 27 S. A 278).

Ausnahmsweise kann nach den in Erl. 1 erwähnten § 426 Abs. 2, § 774 Abs. 2 auch auf den Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, die Forderung mit der Hypothek übergehen; in diesen Fällen kommt § 1143 überhaupt nicht zur Anwendung. Nach § 426 Abs. 2, § 774 Abs. 2 erwirbt der ausgleichnungsberechtigte Gesamtschuldner oder Mitbürge die Forderung nur, soweit er Ausgleichung verlangen kann; im übrigen erlischt sie. Die Hypothek erwirbt jener, wenn er zugleich Eigentümer ist, gemäß §§ 1153, 1163 zu ihrem vollen Betrag, in Höhe seines Ausgleichungsanpruchs als Hypothek und hinsichtlich des Überschusses als Grundschuld.

c) In welcher Weise die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer **erfolgt**, ob durch Zahlung, Hingabe an Erfüllungsstatt, Hinterlegung oder durch Aufrechnung (§ 1142 Abs. 2) oder auch gemäß § 1171 Abs. 2, ist gleichgültig. Streitig ist, ob auch die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1181) hierher gehört. Die Befriedigung des Gläubigers erfolgt in einem solchen Falle objektiv aus dem Vermögen des Eigentümers. Ob man die Befriedigung aber im Sinne des § 1143 als von dem Eigentümer erfolgt ansehen kann, ist nach dem Sprachgebrauche des BGB. sehr zweifelhaft. Mit Rücksicht hierauf war in der zweiten Kommission der Antrag gestellt, dem § 1188 Abs. 1 des E. II (jetzt § 1181 Abs. 1) den Zusatz zu geben: „Die Befriedigung gilt als durch den Eigentümer erfolgt". Die Kommission war sachlich hiermit einverstanden, überließ es aber der Redaktionskommission, ob die Aufnahme des Zusatzes erforderlich sei (P. II Bd. 6 S. 257). Von der Redaktionskommission ist der Zusatz, wie es scheint, als selbstverständlich angesehen und deshalb nicht aufgenommen worden. Eine der Absicht der zweiten Kommission entsprechende Auffassung dürfte mit dem Wortlaute des Gesetzes vereinbar und durch das objektive Verhältnis, in welchem die Befriedigung aus dem Grundstücke zu dem Eigentümer desselben steht, gerechtfertigt sein. Selbstverständlich geht nur die Forderung, nicht die Hypothek, welche untergegangen ist, auf den Eigentümer über und dieser kann die auf ihn übergegangene Forderung gegen den Schuldner nicht geltend machen, wenn er nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse zu der Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war (s. Erl. 3bβ und unten Erl. 1 zu § 1181; vgl. Bruck a. a. O. S. 198; a. M. Staudinger III S. 504 Erl. 1b zu § 1181).

d) Der Gläubiger der Hypothekenforderung muß durch den Eigentümer befriedigt werden. Jedoch kommt diesem, wenn er an den nicht berechtigten Buchgläubiger oder gemäß § 1155 legitimierten Briefbesitzer gezahlt hat, der Schutz des § 893 zugute (s. S. 136 Erl. II 1d zu § 892; abw. hinsichtlich des Übergangs der Forderung Oberneck I S. 815f.).

e) Keine Voraussetzung für den Forderungsübergang bildet es, daß dem Eigentümer ein Regreßrecht gegen den Schuldner zusteht. Der Antrag, eine Ausnahme von der Regel des § 1143 für den Fall anzuordnen, daß der Eigentümer oder ein Rechtsvorgänger dem persönlichen

Schuldner gegenüber verpflichtet ist, die Schuld zu tragen, ist von der zweiten Kommission abgelehnt (vgl. P. II Bd. 3 S. 607f., RG. 27 S. A 279, RJA. 5 S. 210 und Erl. 3bβ, a. M. Kindel in der Festgabe f. Rich. Koch S. 99).

3. Unter den in Erl. 2 angeführten Voraussetzungen tritt nach § 1143 **die Wirkung ein,** daß die Forderung mit der Hypothek (§ 1153) unter entsprechender Anwendung der Vorschriften des § 774 Abs. 1 auf den Eigentümer übergeht.

a) Der Übergang vollzieht sich kraft Gesetzes. Der Eigentümer hat nicht bloß einen obligatorischen Anspruch auf Abtretung der Forderung, sondern er erwirbt mit der Befriedigung ohne weiteres das persönliche und das dingliche Recht des Hypothekengläubigers und kann dieses demnach auch in einem nach der Befriedigung eröffneten Konkurse des Gläubigers oder gegenüber einer gegen diesen betriebenen Zwangsvollstreckung geltend machen (vgl. M. III S. 727), auch wenn die in dem § 1154 vorgeschriebenen Formen für die Abtretung der Hypothekenforderung nicht gewahrt sind. Ist die Hypothek eine Briefhypothek, so bildet auch der Besitz des Briefes keine Voraussetzung für den Erwerb der Hypothek; wohl aber bedarf der Eigentümer desselben zur Geltendmachung der Hypothek gemäß § 1160. Da er nach § 952 mit der völligen Befriedigung des Gläubigers ohne weiteres das Eigentum an dem Briefe erwirbt (vgl. oben S. 357 Erl. 2 zu § 952), kann er von jedem Besitzer seine Herausgabe fordern (vgl. außerdem §§ 1144, 1145).

b) Erwerb der Forderung. Der Eigentümer erwirbt zunächst die Forderung in demselben Umfange, wie sie dem befriedigten Gläubiger zustand (wegen der Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung vgl. Tillich in JW. 1905 S. 362). Er kann demnach gegen den persönlichen Schuldner die persönliche Klage erheben.

α) Gegen diese stehen dem Schuldner alle Einwendungen nach den für die Abtretung geltenden Vorschriften der §§ 404, 406—408 zu (vgl. § 412). Er kann sich insbesondere auch darauf berufen, daß die persönliche Forderung erloschen ist, obwohl sie nach §§ 1138, 892 für die Hypothek noch als fortbestehend gilt; denn die Bestimmung des § 1138 berührt das persönliche Schuldverhältnis nicht (vgl. S. 579ff. Erl. 2, 4 zu § 1138).

β) Außerdem kann der Schuldner dem Eigentümer auch Einwendungen aus dem zwischen ihnen beiden bestehenden Rechtsverhältnis entgegenhalten (s. § 774 Abs. 1 Satz 3). Insbesondere kann er einwenden, daß der Eigentümer ihm gegenüber zur Tilgung der Forderung verpflichtet sei (s. RG. 27 S. A 279), z. B. auf Grund einer Erfüllungsübernahme oder einer von dem Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme (vgl. Bd. II S. 167 Erl. zu § 329, S. 298 Erl. 7 zu § 415) oder auf Grund des § 2166 (s. Boehm S. 204). Wie in Erl. 2e bereits erwähnt, geht auch in diesem Falle die Forderung auf den Eigentümer über; der Eigentümer braucht also nicht das zwischen ihm und dem persönlichen Schuldner bestehende Rechtsverhältnis klarzulegen, sondern nur nachzuweisen, daß er als Eigentümer den Gläubiger befriedigt hat und daß der Gegner persönlicher Schuldner ist. Sache des letzteren ist es, das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis aufzudecken und die daraus hergeleiteten Einwendungen zu beweisen.

In den P. II Bd. 3 S. 608 wird es als selbstverständlich bezeichnet, daß der Schuldner die persönliche Klage des Eigentümers durch den Nachweis abwehren könne, daß dieser „oder ein Rechtsvorgänger desselben" ihm gegenüber zur Tragung der Schuld verpflichtet sei. Dies dürfte, soweit es sich um eine Verpflichtung des Rechtsvorgängers handelt, auf einem Versehen beruhen, denn obligatorische Verpflichtungen eines Eigentümers gehen auf den Rechtsnachfolger im Eigentume nicht über.

c) Erwerb der Hypothek. Mit dem Übergange der Forderung erwirbt der Eigentümer nach §§ 412, 401, 1153 auch etwaige Nebenrechte, z. B. den Anspruch gegen einen Bürgen (s. Strohal in DJZ. 1903 S. 373) und insbesondere die Hypothek, und zwar, da ihm auch die Forderung zusteht, nicht als Grundschuld, sondern als Hypothek. Nur solange die Vereinigung besteht, bestimmen sich seine Rechte nach den für die Eigentümergrundschuld geltenden Vorschriften des § 1197 (§ 1177 Abs. 2). Dies gilt auch dann, wenn die persönliche Forderung bereits erloschen ist und nur auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs in der Hand des Gläubigers gemäß §§ 1138, 892 als fortbestehend galt; denn auch in diesem Falle erwirbt der Eigentümer die Forderung in demselben Umfange, wie sie jenem zustand, und zwar auch wenn er zur Zeit der Befriedigung um das Erlöschen der Forderung wußte (vgl. oben S. 140 Erl. III 1 zu § 892). Dies ist nicht für die Dauer der Vereinigung von Gläubigerrecht und Eigentum, wohl aber für den Fall einer Abtretung der Hypothek oder einer Eigentumsübertragung von Bedeutung; alsdann überträgt oder behält der Eigentümer das dingliche Recht als Hypothek

§. 1144. Der Eigenthümer kann gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen Urkunden verlangen, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind.

---

zur Sicherung der für die Hypothek als fortbestehend geltenden Forderung. Eine persönliche Klage steht aber in diesem Falle ihm oder seinem Zessionar nicht zu (vgl. Erl. bα).

Auch gegenüber der dinglichen Klage des Eigentümers, der den Gläubiger befriedigt hat, kann der persönliche Schuldner, wenn dieser später das Eigentum des belasteten Grundstücks erworben hat, Einwendungen aus dem zwischen ihm und jenem bestehenden Rechtsverhältnisse (Erl. bβ) geltend machen. Einem gutgläubigen Rechtsnachfolger des ersteren steht jedoch der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite (§ 1138), und ein Rechtsnachfolger des letzteren kann sich nicht ohne weiteres auf dieses Rechtsverhältnis berufen (vgl. oben S. 577 Erl. 2a a. E. zu § 1137).

Über das Erlöschen der Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten vgl. § 1178.

d) Forderung und Hypothek gehen auf den Eigentümer nur über, soweit er den Gläubiger befriedigt. Bei einer teilweisen Befriedigung erwirbt also der Eigentümer nur den entsprechenden Teilbetrag der Forderung nebst einer Teilhypothek. Auf diesen Fall findet die Vorschrift des § 774 Abs. 1 Satz 2 Anwendung: „Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden"; der Resthypothek des Gläubigers steht also der Vorrang vor der Teilhypothek des Eigentümers zu (vgl. Bd. II Erl. 3 zu § 774 sowie die entsprechenden Vorschriften der §§ 1150, 268, 1164, 1176). Diese Bestimmung gilt aber nicht zugunsten einer anderen Hypothek desselben Gläubigers an dem belasteten Grundstücke (a. M. Boehm S. 204 V).

4. Besteht für die von dem Eigentümer getilgte Forderung eine **Gesamthypothek**, so erwirbt der Eigentümer mit der Forderung nur die Hypothek an seinem Grundstück und, wenn er von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann, in Höhe dieses Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers als Gesamthypothek mit der an seinem Grundstück; im übrigen erlischt die Hypothek an den mitbelasteten Grundstücken (vgl. § 1173 nebst Erl. und für den Fall teilweiser Befriedigung des Gläubigers § 1176).

5. Für **die Sicherungshypothek** gilt keine Ausnahme von der Vorschrift des § 1143. Auf **Hypothekenvormerkungen** findet sie jedoch keine Anwendung (a. M. Turnau-Förster I S. 703 Erl. 5). Die entsprechende Anwendung des § 1143 auf **die Grundschuld und die Rentenschuld** hat den Übergang des dinglichen Rechtes des befriedigten Gläubigers auf den befriedigenden Eigentümer zur Folge. Im Falle teilweiser Befriedigung kann der dem Eigentümer zufallende Teil der Grundschuld nicht zum Nachteile des dem Gläubiger verbleibenden Teiles geltend gemacht werden.

§ 1144.

E. I § 1096 Abs. 1, § 1119 Abs. 1; II § 1052 Abs. 1 rev. § 1128; III § 1127. P. I S. 5183 f., 5190, 5307 ff., 5313, 5325 ff., 12020 f.; M. III S. 731, 758 f. P. II Bd. 3 S. 610, 665. StB. S. 2788.

1. Die Vorschriften der §§ 1144, 1145 bezwecken, den Eigentümer, der den Hypothekengläubiger befriedigt und damit, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, die Forderung mit der Hypothek nach § 1143, anderenfalls die letztere allein als Grundschuld nach § 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1177 Abs. 1 erwirbt, in den Stand zu setzen, die Berichtigung des Grundbuchs zu erwirken. Dem Eigentümer stehen allerdings zu diesem Zwecke schon auf Grund der allgemeinen Vorschriften die Ansprüche aus den §§ 894 ff. zu und auf Grund der §§ 402, 412, 413 kann er von dem Gläubiger die Auslieferung der zum Beweise des Rechtes dienenden Urkunden fordern, soweit sie sich in dessen Besitze befinden; auch das Recht, eine Quittung in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Form zu verlangen, gewährt ihm bereits § 368. Trotzdem sind zum Schutze des Eigentümers noch weitergehende Vorschriften für erforderlich erachtet. Diese sind in den §§ 1144, 1145 enthalten, und zwar enthält § 1144 die Regel, während § 1145 Ausnahmevorschriften für den Fall einer teilweisen Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer trifft.

2. Über die dem Eigentümer nach §§ 894 ff. und nach § 402 zustehenden Rechte gehen die Rechte, die ihm der § 1144 gewährt, insofern hinaus, als er jene erst geltend machen kann,

nachdem er den Gläubiger befriedigt hat, während ihm § 1144 das Recht auf Aushändigung der darin genannten Urkunden **gegen Befriedigung des Gläubigers** gibt und somit dem Eigentümer gegen eine Verfügung Schutz gewährt, die der Gläubiger nach seiner Befriedigung, aber vor der Berichtigung des Grundbuchs oder der Aushändigung des Briefes noch vorzunehmen in der Lage wäre. Die Aushändigung muß Zug um Zug gegen die Befriedigung erfolgen. Daraus folgt, daß der Eigentümer, der die Aushändigung unter Angebot des Betrags der Hypothekenforderung verlangt, nicht in Leistungsverzug kommt, sondern den Gläubiger in Annahmeverzug versetzt, wenn dieser dem Verlangen nicht nachkommt (vgl. Bd. II S. 94 Erl. 7d zu § 284, S. 109 f. Erl. 1 zu § 298 und S. 222 Erl. 2 zu § 368). Der Annahmeverzug berechtigt den Eigentümer zur Hinterlegung (§ 372).

Der Eigentümer ist aber auch berechtigt, nachdem er den Gläubiger befriedigt hat, die Rechte aus § 1144 geltend zu machen.

3. Rechte des Eigentümers. Der den Gläubiger befriedigende Eigentümer kann, ohne Unterschied, ob er der persönliche Schuldner ist oder nicht, und ersterenfalls, ob der Gläubiger den persönlichen oder den dinglichen Anspruch geltend macht (vgl. unten Erl. 2 a. E. zu § 1167):

a) die Aushändigung des Hypothekenbriefs verlangen. Dieses Recht hat er, sofern die Erteilung des Briefes nicht ausgeschlossen ist, stets (vgl. auch Hypothekenbankges. v. 13. Juli 1899 § 31 Abs. 2 Satz 2); insbesondere ist, abweichend von der Vorschrift des § 402, nicht vorausgesetzt, daß der Brief im Besitze des Gläubigers sich befindet. Selbst wenn er abhanden gekommen oder vernichtet sein sollte, gilt keine Ausnahme; der Gläubiger muß alsdann die Kraftloserklärung des alten und die Erteilung eines neuen Briefes erwirken (§ 1162; CPO. § 1004; GBO. § 67). Wenn jedoch der Eigentümer nur die zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden verlangt, wird er sich mit dem Ausschlußurteile, durch welches der bisherige Brief für kraftlos erklärt wird, begnügen müssen, und die Aushändigung eines neuen Briefes nicht fordern können, da er zur Löschung nicht des letzteren, sondern nur des Ausschlußurteils bedarf (GBO. § 42 Abs. 2 Satz 2).

Wenn der Eigentümer den Gläubiger nur teilweise befriedigt, fällt dessen Verpflichtung zur Aushändigung des Briefes fort und wird durch die im § 1145 geregelten Pflichten ersetzt.

b) Der Eigentümer kann ferner **die Aushändigung der sonstigen Urkunden** verlangen, **die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind**, auch diese ohne Rücksicht darauf, ob sie vorhanden und in den Händen des Gläubigers sind oder ob sie erst von ihm beschafft oder ausgestellt werden müssen. Anders als die unter a besprochene, liegt diese Verpflichtung dem Gläubiger auch im Falle seiner teilweisen Befriedigung ob, soweit nicht § 1145 Abs. 2 in Betracht kommt. Zwischen den zur Berichtigung des Grundbuchs und den zur Löschung erforderlichen Urkunden hat er die Wahl.

α) Zur **Berichtigung des Grundbuchs** bedarf der Eigentümer entweder einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten (GBO. § 29 Satz 1) Urkunde, in welcher der Gläubiger die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Eigentümers bewilligt, oder einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Quittung des Gläubigers; daß auch diese den Eigentümer in den Stand setzt, die Berichtigung des Grundbuchs zu erwirken, ergibt sich aus § 22 der GBO. (vgl. Achilles-Strecker S. 215 Erl. 1b zu § 22). Da die Hypothek nicht bei jeder Befriedigung des Gläubigers auf den Eigentümer, sondern unter Umständen auch auf den persönlichen Schuldner (§ 1164) oder auf den den Gläubiger befriedigenden Dritten (§§ 1150, 774, § 426 Abs. 2) übergeht, muß die von dem Gläubiger auszustellende Quittung auch erkennen lassen, wer den Gläubiger befriedigt hat (RG. 26 S. A 149, 28 S. A 133); daher berechtigt auch eine bloße Löschungsbewilligung nur zur Löschung, nicht zu einer sonstigen Verfügung über die Post (s. Oberneck in Gruch. 47 S. 319 f.). Die Angabe der Person des Zahlenden ist insbesondere auch für den Fall der Gesamthypothek von Bedeutung (vgl. § 1173). Weiter ist für die Berichtigung des Grundbuchs und für eine weitere Verfügung des Eigentümers die Frage von Belang, ob der Eigentümer auch zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht, da sich ersterenfalls die Hypothek in eine Grundschuld verwandelt, während sie in dem letzteren Falle Hypothek bleibt (§ 1177); auch hierüber wird sich daher die Urkunde aussprechen müssen (vgl. Rspr. 2 S. 320; abw. KG. 20 S. A 282, Oberneck in Z. d. DNotVer. 1901 S. 515 und für den Fall der Umschreibungsbewilligung RJA. 5 S. 210, KG. 29 S. A 179, Boehm im Recht 1905 S. 341). Bei einer Briefhypothek genügt auch ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis des Gläubigers, daß die Hypothek kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangen sei; an dessen Ausstellung hat der Eigentümer auf Grund der Vorschrift des § 1155 sogar ein besonderes Interesse; vgl. über den

Begriff dieses Anerkenntnisses und die Frage, ob der Gläubiger zu seiner Ausstellung verpflichtet ist, Erl. 2b γ u. δ zu § 1155.

Falls der Gläubiger nicht als solcher im Grundbuch eingetragen ist, hat er mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 40, 41 der GBO. (Achilles-Strecker S. 268ff.) dem Eigentümer weiter diejenigen Urkunden auszuhändigen, welche diesen in den Stand setzen, entweder die Eintragung des Gläubigers zu erwirken oder, falls diese zur Umschreibung der Hypothek nicht erforderlich sein sollte, den Übergang des Gläubigerrechts auf ihn nachzuweisen. Hierzu bedarf es bei einer Briefhypothek nicht notwendig der im § 1155 geforderten zusammenhängenden, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen oder öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen der kraft Gesetzes erfolgten Übertragungen, da diese zwar zur Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf den nicht eingetragenen Gläubiger, aber nicht zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich ist; demnach genügen auch Urkunden, die den Übergang der Hypothek kraft Gesetzes nachweisen, aber nicht als Anerkenntnisse im Sinne des § 1155 anzusehen sind; weiter gehen die in §§ 1160, 1161 gewährten Rechte. Bei einer Buchhypothek wird der Gläubiger, wenn er nicht der Erbe des eingetragenen Berechtigten ist (vgl. GBO. § 41), regelmäßig neben den Urkunden, die nachweisen, daß die Hypothek ohne Eintragung auf ihn übergegangen ist, einen an das Grundbuchamt gerichteten Antrag auf seine Eintragung als Hypothekengläubiger dem Eigentümer einhändigen müssen, weil dieser den Antrag auf Eintragung des von ihm befriedigten Gläubigers nur in dem Ausnahmefalle des § 14 der GBO. stellen kann (GBO. § 13 Abs. 2; vgl. Achilles-Strecker S. 196 Erl. 5b zu § 14). Von diesem Eintragungsantrag abgesehen, bedürfen alle dem Eigentümer auszuhändigenden Urkunden der in der GBO. §§ 29, 30, 33—38 vorgeschriebenen Formen.

β) Zur **Löschung der Hypothek** ist entweder eine den unter α erwähnten Anforderungen entsprechende Quittung (s. RG. 56 S. 327, Württ. Jahrb. 17 S. 147) oder eine Löschungsbewilligung des Gläubigers in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form erforderlich und genügend, um den Eigentümer in den Stand zu setzen, die Löschung der Hypothek herbeizuführen. Für den Fall, daß der Gläubiger nicht als solcher eingetragen ist, muß er dem Eigentümer außerdem die in dem vorigen Absatz erwähnten Urkunden einhändigen. Dagegen braucht die Urkunde, in welcher der Gläubiger die Löschung bewilligt, nicht auch, wie die unter α erwähnte, die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer und die Frage, ob dieser persönlicher Schuldner ist oder nicht, klarzustellen; denn auf Grund der Löschungsbewilligung des eingetragenen oder gemäß § 40 Abs. 2, § 41 der GBO. legitimierten Gläubigers und der Zustimmung des Eigentümers (GBO. § 27) hat das Grundbuchamt auf Antrag die Löschung vorzunehmen, ohne sich auf eine Prüfung, ob die Hypothek gezahlt oder auf andere Weise getilgt ist oder aus welchem Grunde sie sonst gelöscht wird, und ob sie nicht etwa durch die Zahlung auf einen anderen als den Eigentümer übergegangen ist, einzulassen (a. M. Martinius in DJZ. 1900 S. 138; vgl. dagegen Götte im CBl. f. FG. 1 S. 653 und Schröbter das. S. 928). Letzteres hat das Grundbuchamt jedoch dann zu beachten, wenn es aus den ihm vorgelegten Urkunden erhellt (RG. 26 S. A 149, 29 S. A 186, Rspr. 8 S. 315).

4. **Vereinbarungen** zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer, durch welche die dem ersteren nach § 1144 obliegenden Verpflichtungen ganz oder zum Teil erlassen oder ermäßigt werden, haben höchstens obligatorische Wirkung und sind daher nicht eintragungsfähig. Meist wird indessen der Erlaß der Verpflichtung des Gläubigers, die zur Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Eigentümers erforderlichen Urkunden auszuhändigen, im Zusammenhange mit der Verpflichtung des Eigentümers vereinbart werden, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt; alsdann kann jener Erlaß durch die im § 1179 erwähnte Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung Wirksamkeit gegen jeden Erwerber des Grundstücks erlangen (s. Predari S. 301).

Eine Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Besteller der Hypothek, die umgekehrt die Verpflichtungen des Gläubigers erweitert, z. B. ihm auch zur Abtretung der Hypothek an einen von dem Eigentümer zu benennenden Dritten auf Verlangen des Eigentümers verpflichtet, ist dagegen eintragungsfähig. Sie berechtigt den Eigentümer, dem Gläubiger, welcher Befriedigung aus dem Grundstücke fordert, entgegenzuhalten, daß er zur Befriedigung gegen Abtretung der Hypothek an einen bestimmten Dritten bereit sei, und die Befriedigung zu verweigern, bis der Gläubiger die Abtretung erklärt. Sie gewährt demnach dem Eigentümer eine Einrede, auf welche die Vorschriften des § 1157 zur Anwendung kommen (vgl. Schweitzer in DJZ. 1901 S. 24;

§. 1145. Befriedigt der Eigenthümer den Gläubiger nur theilweise, so kann er die Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht verlangen. Der Gläubiger ist verpflichtet, die theilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung dem Grundbuchamt oder zum Zwecke der Herstellung eines Theilhypothekenbriefs für den Eigenthümer der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notare vorzulegen.

Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 gilt für Zinsen und andere Nebenleistungen nur, wenn sie später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Gläubiger befriedigt wird, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden. Auf Kosten, für die das Grundstück nach §. 1118 haftet, findet die Vorschrift keine Anwendung.

Bollenbeck in Z. d. DNotVer. 1901 S. 42, 46, **Oberneck** das. S. 66, in Gruch. 47 S. 321 u. Reichsgrundbuchr. I S. 816 ff., **Predari** S. 300, **Kindel** in der Festgabe f. Rich. Koch S. 81; a. M. KG. 20 S. A 308, **Turnau-Förster** I S. 750 Erl. 9 zu § 1163). Ohne eine solche Abrede ist der Gläubiger zur Bewilligung der Umschreibung der Post auf den Namen des Dritten selbst dann nicht verpflichtet, wenn der Eigentümer diesem seinen Berichtigungsanspruch abgetreten hat (s. oben S. 147 f. Erl. III 3 zu § 894, RG. 59 S. 289; a. M. **Fuchs** S. 463 Erl. 1c); er ist auch nicht, wie **Fuchs** a. a. O. annimmt, zu dieser Bewilligung schon dann berechtigt, wenn der Dritte im Namen des Eigentümers den Gläubiger befriedigt, da die Post dadurch auf den Eigentümer übergeht (s. **Oberneck** I S. 819 und in Gruch. 47 S. 322 f.).

5. **Gerichtsstand.** Für die auf §§ 1144 f. gestützte Klage des Eigentümers, der den Gläubiger befriedigt hat, ist der ausschließliche dingliche Gerichtsstand des § 24 der CPO. begründet, weil durch sie ein Anspruch aus der kraft Gesetzes übergegangenen Hypothek geltend gemacht wird. Daß der Kläger noch zur Zeit der Klage Eigentümer ist, ist nicht erforderlich (Seuff. A. 58 Nr. 201).

6. **Die Kosten** der Ausstellung der nach § 1144 erforderlichen Urkunden trägt grundsätzlich nach §§ 369, 897 der Eigentümer (s. Rspr. 6 S. 271).

7. **Entsprechende Anwendung des § 1144.** Die Vorschrift des § 1144 findet nach § 1150 zugunsten des den Gläubiger befriedigenden Dritten, dem nach § 268 ein Ablösungs- oder Eintrittsrecht zusteht, und nach § 1167 zugunsten des persönlichen Schuldners, wenn er an der Berichtigung des Grundbuchs rechtlich interessiert ist, Anwendung. Sie gilt nicht nur für Hypotheken, sondern auch für **Grundschulden** und **Rentenschulden**. Auf **Hypothekenvormerkungen** ist sie dagegen nicht anwendbar. Ist auf Grund des § 648 eine Vormerkung eingetragen, so braucht der Besteller nach § 320 nur Zug um Zug gegen Bewilligung der Löschung der Vormerkung den durch diese gesicherten Anspruch des Unternehmers zu befriedigen (RG. 56 S. 251).

§ 1145.

E. I § 1119 Abs. 2; II § 1052 Abs. 2 rev. § 1129; III § 1128. P. I S. 5183 f., 5190, 5307 ff., 5313, 5319 f., 5328 ff., 12020 f.; M. III S. 759. P. II Bd. 3 S. 610, 665; Bd. 6 S. 253.

1. Von der Regel des § 1144 trifft § 1145 für den Fall einer **teilweisen Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer** einige Ausnahmebestimmungen. Da in diesem Falle der Hypothekenbrief für den Gläubiger wegen seiner Restforderung von Bedeutung bleibt, kann von einer Verpflichtung des Gläubigers, dem Eigentümer den Brief auszuhändigen, keine Rede sein. Um aber den Eigentümer dagegen zu schützen, daß der Gläubiger über den getilgten Teil der Hypothekenforderung zugunsten eines Dritten wirksam verfügen kann, und um den Gläubiger in den Stand zu setzen, die Löschung des Teilbetrags zu erwirken oder über diesen zu verfügen, gewährt § 1145 Abs. 1 ihm die Rechte auf Vermerk der teilweisen Befriedigung auf dem Briefe und auf Vorlage des Briefes behufs der Teillöschung oder der Berichtigung des Grundbuchs oder der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs (vgl. M. III S. 759).

2. Die erste **Verpflichtung des Gläubigers, die teilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken,** erklärt sich aus der Vorschrift des § 1140. Da die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausgeschlossen ist, wenn dessen Unrichtigkeit aus einem Vermerk auf dem Hypothekenbriefe hervorgeht, so verhindert der Vermerk der Teilzahlung auf dem Briefe, daß der Gläubiger über den getilgten Teilbetrag mit Wirksamkeit gegenüber dem Eigentümer verfügen kann. Einer Form bedarf dieser Vermerk nicht (vgl. oben S. 585 Erl. 2 zu § 1140);

a. M. Biermann S. 346 Erl. 1a zu § 1149 auf Grund der Annahme, daß auf den Vermerk hin eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll, während hierzu die im § 1144 erwähnten Urkunden dienen (s. Erl. 3a).

3. Die weitere Verpflichtung zur Vorlage des Hypothekenbriefs soll dem Eigentümer die Berichtigung des Grundbuchs und die Verfügung über den getilgten Teilbetrag der Hypothek, der mit der Befriedigung des Gläubigers auf ihn übergeht, ermöglichen. Der Gläubiger hat den Hypothekenbrief nach Wahl des Eigentümers entweder dem Grundbuchamt oder der zur Herstellung eines Teilhypothekenbriefs zuständigen Behörde (oder Notar) vorzulegen; daß er den Brief dem Eigentümer einhändigt, kann dieser nicht beanspruchen.

a) Daß der Brief **dem Grundbuchamte vorgelegt** wird, ist nach § 42 der GBO. erforderlich, sowohl um die Löschung des getilgten Teilbetrags der Hypothek zu erwirken, als auch um die Eintragung des Eigentümers als Gläubiger dieses Teilbetrags im Grundbuche zu ermöglichen. Außerdem muß der Gläubiger auch die zur Löschung oder Umschreibung erforderlichen sonstigen Urkunden dem Eigentümer gemäß § 1144 aushändigen (vgl. S. 593f. Erl. 3b zu § 1144). In diesen braucht nicht hervorgehoben zu werden, daß der auf den Eigentümer übergehende Teilbetrag der Resthypothek des Gläubigers im Range nachsteht, da sich dies nach § 1176 von selbst versteht (vgl. Erl. 1, 3 zu § 1176).

b) Herstellung eines Teilhypothekenbriefs. Durch die Umschreibung des getilgten Teilbetrags der Hypothek auf seinen Namen erlangt der Eigentümer noch nicht die Verfügungsbefugnis über die Teilhypothek, sofern die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist; denn zur Abtretung oder Belastung einer Briefhypothek bedarf es der Übergabe des Hypothekenbriefs (vgl. oben S. 510f. Vorbm. 2c; § 1154). Dies gilt auch für die Abtretung oder die Belastung einer Teilhypothek (oder Teilgrundschuld). Allerdings bedarf es in diesem Falle nicht notwendig der Bildung eines Teilhypothekenbriefs, vielmehr genügt auch die Übergabe des über die ganze Post gebildeten Briefes an den Erwerber oder die Überlassung dieses Briefes an ihn zum Mitbesitz, insbesondere die Übergabe des Briefes an einen gemeinsamen Verwahrer (vgl. RG. 21 S. A 330). Da nun aber der Gläubiger zur Herausgabe des Briefes oder zur Einräumung des Mitbesitzes nicht verpflichtet ist, kann dem Eigentümer die Verfügung über den auf ihn übergegangenen Teilbetrag nur dadurch ermöglicht werden, daß hierüber ein Teilhypothekenbrief erteilt wird. Deshalb legt § 1145 dem Gläubiger die Verpflichtung zur Vorlage des Briefes zwecks Herstellung eines Teilhypothekenbriefs auf.

Die Vorlage muß bei der Behörde oder dem Notar erfolgen, welche zur Herstellung des Teilhypothekenbriefs zuständig sind. Nach § 61 Abs. 1 der GBO. kann ein Teilhypothekenbrief von dem Grundbuchamt, einem Gericht oder einem Notare hergestellt werden. Welches Gericht zuständig ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen (vgl. z. B. preuß. AG. Art. 31; bayer. AG. z. GBO. Art. 21, württ. AG. zu BGB. Art. 23 sowie Achilles-Strecker S. 310 Erl. 3 zu § 61 der GBO.).

Auch in dem Falle, daß der getilgte Teilbetrag, weil der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, auf diesen als Grundschuld übergegangen ist, ist nur ein Teilbrief unter Vermerk der Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld und unter Weglassung der beglaubigten Abschrift der Schuldurkunde (GBO. § 65) und nicht etwa, wie Güthe im Recht 1901 S. 193 meint, ein selbständiger Grundschuldbrief zu bilden.

Vgl. im übrigen über die Bildung eines Teilhypothekenbriefs GBO. § 61, Achilles-Strecker S. 309ff., RG. 22 S. A 176, Kelsch im Recht 1902 S. 232.

4. Ausnahme für Nebenleistungen und Kosten (Abs. 2). Von der im § 1145 Abs. 1 Satz 2 auferlegten Verpflichtung macht § 1145 Abs. 2 eine Ausnahme, die mit der Vorschrift der §§ 1158, 1159, 1178 im Zusammenhange steht. Da der Eigentümer dem Zessionar, dem der Hypothekengläubiger seine Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen, die nicht später als in dem laufenden oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, oder seinen Anspruch auf Erstattung der im § 1118 aufgeführten Kosten abgetreten hat, alle Einwendungen aus der Person des Rechtsvorgängers entgegenhalten kann, ohne daß der Erwerber sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann, hat der Vermerk der Tilgung dieser Zinsen, Nebenleistungen und Kosten auf dem Briefe keine Bedeutung. Ebensowenig hat die Vorlage des Briefes für den Eigentümer Wert, da das Grundbuch nur über das Zinsrecht und das Recht auf sonstige Nebenforderungen im allgemeinen, nicht über die einzelnen Raten der Zinsen und Nebenforderungen und überhaupt nicht über die erwähnten Kosten Auskunft gibt, insbesondere also auch deren Tilgung nicht eintragungsfähig ist, und da der Eigentümer nach

§. 1146. Liegen dem Eigenthümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstücke.

---

§ 1178 eine Hypothek für die Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten nicht erwirbt. Aus demselben Grunde kann der Eigentümer hinsichtlich dieser Zinsen, Nebenleistungen und Kosten auch nicht das im § 1144 gewährte Recht auf Aushändigung der zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung erforderlichen Urkunden geltend machen, weil eine Berichtigung oder Löschung nicht möglich ist. Dagegen ist der Gläubiger verpflichtet, die Tilgung solcher Zinsen auf dem Briefe zu vermerken, welche später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Gläubiger befriedigt wird, oder in dem folgenden Vierteljahre fällig werden.

5. Die im § 1145 Abs. 1 Satz 2 auferlegten Pflichten hat der Gläubiger auf Verlangen des Eigentümers **Zug um Zug** gegen die Befriedigung zu erfüllen; und der letztere kann die Erfüllung auch noch nachträglich fordern. Es gilt auch hier das S. 593 Erl. 2 zu § 1144 Gesagte. Nur wird der Gläubiger im Falle seiner Weigerung nicht in Annahmeverzug geraten, es sei denn, daß er ausnahmsweise zur Annahme von Teilzahlungen verpflichtet ist (§ 266).

6. Auch über die **Abänderung der Verpflichtungen** des Gläubigers gilt das in Erl. 4 zu § 1144 Gesagte. Nicht selten wird bei der Hypothekbestellung dem Gläubiger, der die Vorlage des Hypothekenbriefs vor der völligen Tilgung der Post vermeiden will, die im § 1145 Abs. 1 Satz 2 ihm auferlegte Verpflichtung erlassen. Auch dieser Erlaß kann nur durch die Vormerkung aus § 1179, also nur insoweit dingliche Wirkung erlangen, als die Verpflichtung des Gläubigers auf die zur Löschung des getilgten Teilbetrags erforderlichen Maßregeln beschränkt ist. Im übrigen wirkt er nur obligatorisch und ist nicht eintragungsfähig (vgl. Achilles-Strecker, GBO. S. 72 Ziff. 8).

7. Auch die Vorschriften des § 1145 gelten nicht nur für Briefhypotheken, sondern auch für **Briefgrundschulden und Briefrentenschulden**. Über die **Ausdehnung ihrer Anwendbarkeit** vgl. §§ 1150, 1167 1168. Für andere Fälle der Eigentümerhypothek als die der teilweisen Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer und des Teilverzichts, insbesondere für den Fall des teilweisen Nichtentstehens der Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 1) besteht keine dem § 1145 entsprechende ausdrückliche Vorschrift. Der Eigentümer ist aber auf Grund der §§ 894, 896 in Verbindung mit §§ 749, 752, 952, 1152 berechtigt, die Zustimmung des Gläubigers zur Umschreibung des Hypothekenteils auf seinen Namen und die Vorlegung des Hypothekenbriefs zwecks Ausstellung eines Teilbriefs zu beanspruchen (RG. 59 S. 317).

§ 1146.

E. I § 1140; II § 1053 rev. § 1130; III § 1129. P. I S. 5397, 5405 f.; M. III S. 790. P. II Bd. 3 S. 711 f.

1. **Recht des Gläubigers auf Verzugszinsen.** Nach § 1118 haftet kraft der Hypothek das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung, also insbesondere für die Verzugszinsen, wenn der persönliche Schuldner in Verzug gerät (vgl. S. 540 f. Erl. 1 zu § 1118). Diese Vorschrift bleibt von § 1146 unberührt. Daneben kann der Gläubiger aber Verzugszinsen aus dem Grundstücke beanspruchen, wenn nicht dem persönlichen Schuldner, sondern dem mit ihm nicht identischen Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs vorliegen. Dieser Satz, der in dem E. I nur für die Grundschuld ausgesprochen war, würde bei dieser wie bei der Hypothek selbstverständlich sein, wenn die Hypothek und die Grundschuld von dem Gesetz als eine Realobligation aufgefaßt wäre; da aber diese Auffassung, wie oben S. 516 ff. Vorbm. 3 erwähnt, in dem Gesetze nicht zum Ausdrucke gelangt ist, sind die Vorschriften des Obligationenrechts über die Voraussetzungen des Verzugs und die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen ausdrücklich für anwendbar erklärt. In dieser Hinsicht wird also der Eigentümer wie ein Schuldner der Hypothekensumme behandelt (vgl. P. II Bd. 3 S. 711 f.).

2. **Die Voraussetzungen des Verzugs** ergeben sich aus §§ 284, 285 (Bd. II S. 89 ff.). Die Klagerhebung allein setzt den Eigentümer nicht notwendig in Verzug, wenn sie auch der Mahnung gleichsteht (vgl. Bd. II S. 101 Erl. 1 zu § 291). Für **Prozeßzinsen** (§ 291) haftet das Grundstück zwar nach § 1118, wenn der persönliche Schuldner verklagt wird, nicht aber, wenn der Eigentümer, der nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, mit dem dinglichen Anspruche belangt wird; ihm gegenüber müssen also auch die sonstigen Voraussetzungen des Verzugs

§. 1147. Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung.

---

vorliegen, damit der Gläubiger von der Rechtshängigkeit an Zinsen aus dem Grundstücke beitreiben kann.

3. Mit dem Verzuge des Eigentümers treten nicht alle **Verzugsfolgen** ein; dem Gläubiger gebühren nur Verzugszinsen nach Maßgabe der §§ 288, 289, und auch für diese haftet der Eigentümer nur mit dem Grundstücke, nicht persönlich (s. auch Berg in Gruch. 48 S. 779 ff.). Allerdings ist in den M. III S. 790 die Ansicht vertreten, daß der Gläubiger den Eigentümer persönlich auf Ersatz des durch den Verzug ihm verursachten Schadens belangen könne. Selbst wenn dies richtig sein sollte, so folgt daraus nicht eine persönliche Haftung des Eigentümers für Verzugszinsen; denn diese sind nur von Geldschulden zu entrichten und zu einer Geldschuld, d. h. zur Zahlung der Hypothekenforderung, ist der Eigentümer nach dem BGB. nicht verpflichtet. Er braucht also auch keine Verzugszinsen zu zahlen, soweit ihm nicht diese Verpflichtung ausdrücklich auferlegt ist, und das ist im § 1146 nur unter Beschränkung seiner Haftung auf das belastete Grundstück geschehen. Dagegen läßt sich die in den Motiven angeführte Ansicht rechtfertigen, insoweit der Eigentümer den Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück, insbesondere sein Recht auf einen vollstreckbaren Schuldtitel trotz Mahnung schuldhaft unbefriedigt läßt. Wenn er auch nicht zu einem Tun, insbesondere nicht zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Ziff. 5 der CPO. verpflichtet ist, so muß er doch die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung dulden und darf sich daher dieser und der hierzu erforderlichen Erwirkung eines vollstreckbaren Schuldtitels nicht widersetzen. Demnach würde er sich persönlich ersatzpflichtig machen, wenn er die Beitreibung der Hypothekenforderung arglistig oder schuldhaft verzögert. Auch auf Grund des § 823 Abs. 1 des BGB. wird dem Gläubiger in einem solchen Falle bisweilen ein Ersatzanspruch zustehen. Vgl. ferner über die Haftung des Eigentümers für die Prozeßkosten Erl. 2 d zu § 1147.

4. Der Gläubiger kann **weder die Verzugszinsen neben vereinbarten Zinsen noch auch**, wenn sowohl der Eigentümer wie auch der mit ihm nicht identische persönliche Schuldner im Verzuge sind, **doppelte Verzugszinsen** fordern. Die Vorschrift des § 1146 hat daher nur Bedeutung, wenn keine oder weniger als 4% Zinsen vereinbart sind und nur der Eigentümer, nicht auch der persönliche Schuldner im Verzug ist.

5. Die Vorschrift des § 1146 gilt für **alle Arten der Hypotheken sowie für die Grundschulden und die Rentenschulden**, für letztere aber nur bezüglich der Ablösungssumme. Sie findet auch auf die vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts des BGB. eingetragenen Hypotheken und Grundschulden Anwendung, die kraft des EG. Art. 192 ff. als Hypotheken oder Grundschulden des neuen Rechtes gelten.

§ 1147.

E. I § 1075; II § 1054 rev. § 1131; III § 1130. P. I S. 5039 ff.; M. III S. 675 ff. P. II Bd. 3 S. 571 f.

1. **Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung.** Abweichend von dem römischen Rechte, aber in Übereinstimmung mit den bisherigen Landesgesetzen (vgl. M. III S. 675) gewährt das BGB. nicht dem Gläubiger das Recht auf Herausgabe des belasteten Grundstücks, damit er selbst den Verkauf zum Zwecke seiner Befriedigung vollziehen kann, sondern nur einen Anspruch auf gerichtliche Zwangsvollstreckung in das Grundstück und die mithaftenden Gegenstände (§§ 1120—1130).

a) **Die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück** erfolgt entweder durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung nach Maßgabe der Vorschriften des ZVG. Die im § 866 Abs. 1 der CPO. vorgesehene dritte Art der Vollstreckung in Grundstücke, die Eintragung einer Sicherungshypothek für die vollstreckbare Geldforderung, kommt hier, wo es sich um Befriedigung des Gläubigers aus dem belasteten Grundstücke handelt, nicht in Betracht (s. S. 567 Erl. 2 zu § 1132).

Lastet die Hypothek nur auf einem **Grundstücksbruchteile**, so kann der Gläubiger die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung dieses Bruchteils erwirken. Außerdem ist die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks auch für eine auf dem ganzen Grundstücke lastende Hypothek zulässig, wenn der Bruchteil in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (CPO. § 864; RG. 20 S. 270; M. z. ZVG. S. 87; Fischer u. Schaefer S. 117).

Auf die **Zwangsvollstreckung in eine Berechtigung**, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten und welche daher auch mit Hypotheken belastet werden können (oben S. 522 Erl. 3 zu § 1113), finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke entsprechende Anwendung (CPO. § 870). Soweit aber diese Berechtigungen innerhalb des Bereichs der den Landesgesetzen vorbehaltenen Rechtsgebiete liegen, können diese abweichende Bestimmungen treffen (EG. z. ZVG. § 2, vgl. preuß. AG. z. ZVG. Art. 15ff.).

b) **Aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek laut der §§ 1120—1130 erstreckt**, kann sich der Gläubiger sowohl im Wege der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, als auch im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung (a. M. für die Geltendmachung des Absonderungsrechts im Konkurse des Eigentümers Rspr. 10 S. 419) befriedigen. Einen selbständigen Gegenstand der Immobiliarzwangsvollstreckung können jene Gegenstände allerdings nicht bilden; sie werden aber, wenn auch nicht ausnahmslos, von der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung mitumfaßt (vgl. oben S. 544 Vorbm. 3 vor § 1120). Solange sie nicht im Wege der Immobiliarzwangsvollstreckung beschlagnahmt sind, unterliegen sie der Pfändung. Ausgenommen sind jedoch die Zubehörstücke (CPO. § 865 Abs. 2). Auch diejenigen Gegenstände, welche wesentliche Bestandteile des belasteten Grundstücks oder eines auf diesem stehenden Gebäudes bilden, können erst nach Aufhebung ihrer Bestandteilseigenschaft gepfändet werden, da sie als wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können; hiervon gilt nur für noch nicht getrennte Früchte eine Ausnahme (CPO. § 810; vgl. S. 545 Vorbm. 3b). Soweit hiernach die Pfändung der mithaftenden beweglichen Gegenstände zulässig ist, kann sie auch zugunsten der Hypothekengläubiger erfolgen; die Bestimmung des E. I § 1075, welche den Hypothekengläubigern nur die Immobiliarzwangsvollstreckung gestatten wollte, ist nicht Gesetz geworden (vgl. M. III S. 677f.; P. II Bd. 3 S. 571f.; Begr. zu § 757a des Entw. eines Gesetzes, betr. Änderungen der CPO.; Fischer u. Schaefer S. 131 Erl. 4 zu § 865).

Eine Ausnahme von der Vorschrift des § 1147 gilt auf Grund des § 1128 Abs. 2 in Verbindung mit § 1282, § 1288 Abs. 2 hinsichtlich der Forderungen aus einer Gebäudeversicherung, aus denen sich der Hypothekengläubiger durch Einziehung befriedigen kann (s. S. 562 Erl. 3c zu § 1128).

c) Der Hypothekengläubiger hat nicht nur die **Wahl zwischen den verschiedenen zulässigen Vollstreckungsarten**, sondern kann auch die Zwangsversteigerung, die Zwangsverwaltung und die Mobiliarzwangsvollstreckung in diejenigen mithaftenden Gegenstände, welche von der Immobiliarzwangsvollstreckung noch nicht ergriffen sind, nebeneinander (CPO. § 866 Abs. 2) und auch nacheinander bis zu seiner völligen Befriedigung betreiben. Eine Reihenfolge ist nicht vorgeschrieben, insbesondere braucht der Immobiliarzwangsvollstreckung keine Mobiliarexekution vorauszugehen. Der Zuschlag in der Zwangsversteigerung beendigt aber das Zwangsverwaltungsverfahren hinsichtlich desselben Grundstücks und schließt ein nachträgliches Zwangsverwaltungsverfahren sowie eine Pfändung der mitversteigerten beweglichen Gegenstände aus (s. RG. in Gruch. 48 S. 1024; vgl. auch ZVG. § 65 über die Zulässigkeit einer Sonderverwertung der mithaftenden beweglichen Gegenstände). Dagegen ist eine Pfändung der nicht mitversteigerten beweglichen Gegenstände auch nach der Zuschlagserteilung noch zulässig, sofern nicht ihre Haftung inzwischen nach §§ 1121—1130, insbesondere nach § 1124 Abs. 3, §§ 1126, 1129 erloschen ist (vgl. RG. 55 S. 414, in Gruch. 48 S. 1064; Rspr. 3 S. 337; s. auch Herold in CBl. f. FG. 4 S. 287ff.; Jaeckel im Recht 1904 S. 585 und ZVG. S. 245 Erl. 1 zu § 65; Fischer u. Schaefer, ZVG. S. 131 Erl. 4 zu § 865 und S. 137f. Erl. 5 zu § 866 der CPO.). Die Ansicht von Fischer u. Schaefer S. 131, daß alle nicht mitversteigerten, zur Zeit des Zuschlags noch nicht beschlagnahmten Gegenstände durch den Zuschlag von der Pfandhaftung frei werden, und die Meinung von Eccius (Gruch. 48 S. 470), daß die beweglichen Stücke nur von der Belastung des Grundstücks mitergriffen werden und ihre Haftung daher mit dem Erlöschen der Hypothek an dem Grundstück ohne weiteres erlischt, ist unzutreffend; die zur Zeit des Zuschlags bereits getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, die bei ihrer Trennung in das Eigentum des damaligen Eigentümers oder Eigenbesitzers des Grundstücks gefallen sind, und die in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangten Zubehörstücke haften bis zum Eintritte der Voraussetzungen der §§ 1121, 1122 weiter. Der Pfändung der bisherigen Zubehörstücke steht der CPO. § 865 Abs. 2 nicht entgegen, da mit der Versteigerung des Grundstücks unter Ausschluß des Zubehörs die Zubehöreigenschaft erlischt, ohne daß die Voraussetzungen des § 1122 Abs. 2 gegeben sind.

2. **Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung** ergeben sich aus der CPO. §§ 704—752, 794—801 und dem ZVG. §§ 15—18, 146, 147. Hinsichtlich des **Haupterfordernisses, des vollstreckbaren Schuldtitels,** ist hier folgendes hervorzuheben.

a) Die dingliche Klage des Hypothekengläubigers (vgl. S. 576 Erl. 1 zu § 1137) ist, um die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu ermöglichen, gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks und, wenn dieses im Eigentume mehrerer steht, regelmäßig gegen alle Mit- oder Gesamteigentümer zu richten (vgl. § 1148 nebst Erl.). Der Antrag ist, wie oben S. 518 Vorbm. 3 bereits erwähnt, auf Verurteilung des Eigentümers zu richten, die Befriedigung des Klägers aus dem (genau zu bezeichnenden) belasteten Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung wegen der (ebenfalls näher zu bezeichnenden) Hypothekenforderung zu dulden (s. RG. 49 S. 106; a. M. Nissen in JW. 1902 S. 437 und Dernburg III § 236, welche die Klage als eine Feststellungsklage ansehen.) Hiervon gilt auch für den Urkundenprozeß und das Mahnverfahren keine Ausnahme; die Vorschriften der §§ 592, 688 der CPO. stehen dieser Fassung nicht entgegen (a. M. Bad. RP. 1905 S. 54, Eccius in Gruch. 44 S. 529). Die bisher in der preußischen wie in der bayerischen Praxis übliche Fassung, daß der Eigentümer zur Zahlung der Hypothekensumme bei Meidung der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück verurteilt wird, ist mit dem Standpunkte des BGB. nicht vereinbar (vgl. oben a. a. O. S. 516ff.; M. III S. 675; a. M. P. II Bd. 3 S. 572; Fuchs S. 391 Erl. 6a zu § 1113; Turnau-Förster I S. 571). Dagegen ist die dem Wortlaute des § 1113 entsprechende Fassung, daß der Eigentümer verurteilt werde, aus dem Grundstücke zu zahlen, zuzulassen (so Predari S. 226, Gierke, deutsches Privatr. II S. 855 § 158 Anm. 15); da aber die ersterwähnte Formel die Bedeutung der Worte „aus dem Grundstücke zu zahlen" klarstellt, verdient sie den Vorzug.

Die Hervorhebung der Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, in dem Klagantrag ist nicht erforderlich; sie werden von dem Ausdrucke „Grundstück" ohne weiteres umfaßt (Fischer u. Schaefer, ZVG. S. 131). Ein den Eigentümer zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verurteilender vollstreckbarer Schuldtitel genügt daher auch zur Pfändung der mithaftenden beweglichen Gegenstände.

Wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks zugleich der persönliche Schuldner ist, kann der Gläubiger den Antrag auf Zwangsvollstreckung in das Grundstück auch auf einen vollstreckbaren Schuldtitel für seinen persönlichen Anspruch stützen (s. auch oben S. 545f. Vorbm. 3d vor § 1120).

b) Der dingliche Anspruch kann nicht nur im ordentlichen Prozesse, sondern auch im **Urkundenprozeß** und im **Mahnverfahren** geltend gemacht werden, und auch aus einer **gerichtlichen oder notariellen Urkunde, in der sich der Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat,** ist diese in das Grundstück zulässig. In der CPO. § 592 Satz 2, § 688 Abs. 1 Satz 2, § 794 Ziff. 5 ist jetzt ausdrücklich gesagt, daß für diese besonderen Verfahrensarten und für die vollstreckbaren Urkunden der Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld als ein Anspruch gilt, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat. Das in den angeführten Vorschriften weiter aufgestellte Erfordernis der Bestimmtheit der Geldsumme gilt aber auch für die Hypothek und schließt insbesondere die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 794 Ziff. 5 auf Maximalhypotheken aus (s. S. 534 Erl. 6 zu § 1115).

In einer nach § 794 Ziff. 5 aufgenommenen Urkunde kann der Besteller der Hypothek, der Grundschuld oder der Rentenschuld nicht nur sich selbst, sondern auch jeden späteren Eigentümer des belasteten Grundstücks der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen, indem er in der Urkunde bestimmt, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll; diese Unterwerfung bedarf aber der Eintragung in das Grundbuch (CPO. § 800 Abs. 1; vgl. oben S. 534 Erl. 6 zu § 1115).

c) Gerichtsstand. Für die dingliche Klage ist nach CPO. § 24 das Gericht, in dessen Bezirke das belastete Grundstück belegen ist, ausschließlich zuständig (vgl. das. § 36 Nr. 4 und dazu RG. in JW. 1901 S. 383). In diesem Gerichtsstande kann mit der Klage aus der Hypothek die Schuldklage verbunden werden, wenn diese Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind (§ 25 das.); alsdann geht der Antrag auf Zahlung der Hypothekensumme und auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück wegen dieser Forderung.

d) Für die **Kosten der dinglichen Klage** haftet nach § 1118 das Grundstück (S. 541 Erl. 2 zu § 1118). Um sie neben dem Kapital aus dem Grundstücke beizutreiben, bedarf es keines besonderen vollstreckbaren Schuldtitels, sondern nur der rechtzeitigen Anmeldung der Kostenforderung im Zwangsversteigerungsverfahren (ZVG. § 10 Abs. 2, § 12 Nr. 1, § 37 Nr. 4,

§§ 110, 114; vgl. Fischer u. Schaefer S. 190 f. Erl. zu § 10 Abs. 2, S. 240 Erl. c zu § 37 Nr. 4, S. 394 Erl. 1 zu § 110); ein Kostenfestsetzungsbeschluß ist nur erforderlich, wenn allein wegen der Prozeßkosten die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll. Zweifelhaft und bestritten ist jedoch die Frage, wie in dem auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gerichteten Prozeß über die Prozeßkosten zu entscheiden ist und welchen Einfluß die ergangene Entscheidung auf das Recht des Gläubigers hat, den Ersatz der Kosten in dem Zwangsversteigerungsverfahren zu verlangen.

Materiell liegt das Rechtsverhältnis folgendermaßen. Der Anspruch des Gläubigers geht nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Da hierzu ein vollstreckbarer Titel erforderlich ist, so geht der Anspruch auch auf Duldung des zur Erlangung dieses Titels Erforderlichen. Regelmäßig ist dies das Urteil. Der Gläubiger kann daher die Verurteilung des Eigentümers zur Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen. Für die zur Erlangung des vollstreckbaren Titels, regelmäßig also des Urteils, aufzuwendenden Kosten haftet die Hypothek nach BGB. § 1118, ZVG. § 10 Abs. 2. Auch wegen dieser Kosten kann daher ein vollstreckbarer Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen derselben verlangt werden, sofern er nicht nach dem oben Gesagten überflüssig ist. Der Eigentümer ist aber zur Zahlung dieser Kosten ebensowenig wie zur Zahlung des Betrags der Hypothek oder der Kosten der Kündigung persönlich verpflichtet. Materiell ist daher in Ermangelung besonderer Umstände eine Verurteilung des Eigentümers zur Tragung der Kosten des auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichteten Prozesses nicht gerechtfertigt.

Es fragt sich nun aber, wie sich das Verfahren prozessualisch gestaltet, insbesondere in welcher Art die aus den dargelegten materiellen Rechtssätzen sich ergebenden Anforderungen mit den Vorschriften der CPO. §§ 91 ff. und den Vorschriften des ZVG. zu vereinigen sind. Die Frage dürfte in folgender Weise zu entscheiden sein. Nach § 91 der CPO. ist der Beklagte als unterliegender Teil regelmäßig in die Kosten zu verurteilen. Die Beschränkung der Verurteilung auf Zahlung der Kosten lediglich aus dem Grundstücke läßt sich nach den Vorschriften der CPO. nicht rechtfertigen (vgl. JW. 1901 S. 183; Rspr. 3 S. 319; Berg in Gruch. 48 S. 774 ff.; a. M. Biermann S. 348 f. Erl. 4, Kretzschmar I S. 352). Der sich hieraus ergebende Widerspruch mit den oben dargelegten materiellen Rechtssätzen dürfte sich indessen durch eine richtige Anwendung des § 93 der CPO. beseitigen lassen. Der Eigentümer hat durch sein Verhalten keine Veranlassung zu dem Prozesse gegeben, wenn er sich lediglich passiv verhalten hat (so Bad. RP. 1904 S. 5, Rspr. 1 S. 259; anders die herrschende Meinung, z. B. Rspr. 3 S. 318, 319, 6 S. 386, 9 S. 65, 11 S. 52, Seuff. A. 59 Nr. 113, Schink im Recht 1901 S. 171, Fuchs S. 391 Erl. 6a zu § 1113, Turnau-Förster I S. 571 f., Willenbücher S. 148 Vorbm. 7, Biermann a. a. O., Oberneck I S. 932 f., Staudinger III S. 438 Erl. III 1). Er war nicht verpflichtet, sich dem Gläubiger gegenüber positiv bereit zu erklären, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden. Eine solche Erklärung würde den Gläubiger der Notwendigkeit nicht entheben, sich durch Anstellung der Klage einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen. Der Eigentümer ist auch nicht verpflichtet, sich dem Gläubiger gegenüber zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde nach Maßgabe der CPO. § 794 Nr. 5 zu erbieten. Durch sein passives Verhalten hat er also in keiner Weise das Recht des Gläubigers verletzt. Veranlassung zu dem Prozesse hat nicht sein Verhalten, sondern lediglich die gesetzliche Vorschrift gegeben, nach welcher der Gläubiger zur Verwirklichung seines Rechtes eines vollstreckbaren Titels bedarf. Erkennt daher der Eigentümer auf die erhobene Klage den Anspruch des Gläubigers sofort an, so liegen die Voraussetzungen vor, unter welchen nach § 93 dem Kläger die Kosten des Prozesses zur Last zu legen sind. Durch eine solche Verurteilung in die Kosten würde nun aber der Gläubiger infolge der Wirkungen der Rechtskraft des Urteils verhindert werden, den Ersatz der Kosten in dem Zwangsversteigerungsverfahren zu erlangen. Um dies zu vermeiden, muß man dem Gläubiger das Recht zugestehen, die Verurteilung des Beklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung auch wegen der Prozeßkosten zu erwirken. Persönlich verpflichtet ist der Gläubiger, diese Kosten zu tragen, wie er ja zunächst auch die Kosten einer Kündigung zu tragen hat, aber er kann den Ersatz aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung fordern. Das Urteil hat daher dahin zu lauten, daß der Gläubiger zwar in die Kosten des Prozesses verurteilt wird, daß aber die Verurteilung des Eigentümers zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen der Hypothekensumme auch auf den Betrag der dem Kläger zur Last fallenden Kosten des Prozesses ausgedehnt wird (ähnlich Nissen in JW. 1902 S. 437). Anders liegt die Sache, wenn der Beklagte nicht sofort den Anspruch anerkennt. Dann ist in betreff der Kosten nach Maßgabe der CPO. §§ 91, 92 zu erkennen. Jeder Teil hat die ihm zur Last gelegten

Kosten persönlich (a. M. Biermann u. Kretzschmar a. a. O.) zu tragen. Soweit der Beklagte in die Kosten verurteilt ist, kann der Kläger auch wegen dieser Kosten die Befriedigung aus dem Grundstücke verlangen, während ihm dieses Recht hinsichtlich der ihm zur Last gelegten Kosten nicht zusteht. Zweifelhaft ist, ob der Beklagte auch in dem Falle in die Kosten zu verurteilen ist, daß er vor Erhebung der Klage den Anspruch des Klägers bestritten hat. Die Frage dürfte indessen zu verneinen sein, denn auch in diesem Falle ist nicht das Bestreiten die Veranlassung der Klage, sondern der Umstand, daß der Kläger den erforderlichen vollstreckbaren Titel nur im Wege des Prozesses erlangen kann.

Zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde nach Maßgabe der CPO. § 794 Nr. 5 ist der Eigentümer, wie bereits hervorgehoben ist, nicht verpflichtet (a. M. auch Rspr. 1 S. 259, Fischer u. Schaefer ZVG. S. 393 Erl. 4 zu § 109). Wird von dem Eigentümer freiwillig eine Urkunde der gedachten Art ausgestellt, so gilt in betreff der Kosten der Ausstellung dasselbe wie in betreff der Prozeßkosten. Die Kosten der Ausstellung sind in Ermangelung anderweiter Vereinbarung zunächst von dem Gläubiger zu tragen; dieser kann aber die Erstattung des Betrags aus dem Grundstücke verlangen und die Urkunde ist mit hierauf zu richten.

3. **Vereinbarungen**, durch welche das Recht des Hypothekengläubigers auf Befriedigung entweder erweitert oder beschränkt wird, sind nur im beschränkten Umfange zulässig.

a) **Eine Erweiterung der Rechte des Gläubigers** ist ohne dingliche Wirkung, da in dem Sachenrechte die Vertragsfreiheit ausgeschlossen ist (oben S. 7ff.). Aber auch mit obligatorischer Wirkung kann erst nach der Fälligkeit der Hypothek dem Gläubiger von dem Eigentümer das Recht auf Eigentumsübertragung oder auf den Privatverkauf des Grundstücks eingeräumt werden (§ 1149).

b) **Der völlige Ausschluß des Rechtes des Gläubigers auf Zwangsvollstreckung** ist unzulässig. Eine derartige Vereinbarung ist ohne jede Wirkung (abw. Müller in Bl. f. RAnw. 1901 S. 5f., der ihr obligatorische Wirkung beilegt), sie würde dem Hypothekengläubiger sein Recht völlig entziehen, da das Recht auf Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung den alleinigen Inhalt der Hypothek bildet. Dagegen wird man eine Abrede, durch die sich der Gläubiger verpflichtet, die Zwangsvollstreckung nicht selbst zu betreiben, sondern nur bei einer von einem anderen Gläubiger betriebenen Vollstreckung Befriedigung zu suchen, für zulässig halten müssen, da sie dem Gläubiger noch die einem Eigentümerhypothekengläubiger zustehenden Rechte beläßt (§§ 1177, 1197); gemäß §§ 1157, 894 ist eine solche Abrede auch eintragungsfähig.

c) Zweifelhaft ist die Gültigkeit einer **Abrede, daß der Gläubiger nicht im Wege der Zwangsversteigerung, sondern nur im Wege der Zwangsverwaltung Befriedigung suchen darf.** Das BGB. erwähnt die **Revenuenhypothek** nicht. Das EG. gestattet im Art. 60 die Bestellung einer Hypothek, einer Grundschuld oder Rentenschuld mit der Einschränkung, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann, ausdrücklich an den in den Art. 57, 58 des EG. genannten Grundstücken der Landesherren, der Mitglieder der landesherrlichen Familien und der dort erwähnten adeligen Häuser und Familien sowie an den Familienfideikommiß-, Lehen- und Stammgütern (Bd. VI S. 164) und erklärt im Art. 192 Abs. 2 die gleiche Beschränkung bei den zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsgrundbuchrechts bestehenden Grundstückspfandrechten für fortdauernd gültig, während diese im übrigen Hypotheken des neuen Rechtes werden (Bd. VI S. 391 Erl. 10 zu Art. 192). Daraus ergibt sich, daß das BGB., von diesen Ausnahmen abgesehen, Revenuenhypotheken nicht zuläßt. Mit dinglicher Wirkung kann daher die obige Abrede sicher nicht getroffen werden (vgl. M. III S. 633ff.). Man wird aber noch weiter gehen und aus diesen Bestimmungen den Schluß ziehen müssen, daß nach dem BGB. das Recht des Gläubigers auf Zwangsversteigerung als wesentlicher Inhalt des Hypothekenrechts anzusehen und eine Vereinbarung, welche dem Gläubiger dieses Recht nimmt, gemäß § 134 nichtig, also auch ohne obligatorische Wirkung ist, wenn das BGB. auch ein ausdrückliches Verbot nicht enthält (a. M. Oberneck I S. 692 § 119 Ziff. 4). Wenn man nämlich einer solchen Vereinbarung obligatorische Wirkungen beilegt, so würde dadurch indirekt die Revenuenhypothek zugelassen werden. Der obligatorische Vertrag würde den Eigentümer, dem gegenüber der Gläubiger sich verpflichtet hat, das Grundstück nicht zur Zwangsversteigerung, sondern nur zur Zwangsverwaltung zu bringen, nicht nur berechtigen, von dem Gläubiger, welcher der von ihm übernommenen Verpflichtung zuwider gehandelt hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, sondern auch seiner auf Duldung der Zwangsversteigerung oder allgemein der Zwangsvollstreckung gerichteten Klage eine Einrede entgegenzustellen, womit er Abweisung der Klage oder Beschränkung seiner Verurteilung auf Duldung der Zwangs-

§. 1148. Bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek gilt zu Gunsten des Gläubigers derjenige, welcher im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen ist, als der Eigenthümer. Das Recht des nicht eingetragenen Eigenthümers, die ihm gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen geltend zu machen, bleibt unberührt.

---

verwaltung erzielen könnte. Diese Einrede würde er nach § 1157 auch einem Rechtsnachfolger jenes Gläubigers entgegensetzen können, sofern die Abrede ihm bei dem Erwerbe der Hypothek bekannt war. Aus §§ 1157, 894 würde dann ferner auch ihre Eintragungsfähigkeit zu folgern sein (a. M. Oberneck a. a. O.) und dadurch fast völlig der gleiche Erfolg erzielt werden, als wenn die Hypothek nur eine Revenuenhypothek wäre. Der Unterschied würde nur darin bestehen, daß nur der Eigentümer, dem gegenüber der Gläubiger die obige Verbindlichkeit eingegangen ist, sich auf die Abrede berufen könnte, ein späterer Eigentümer nur dann, wenn er Gesamtnachfolger desselben ist, oder die Rechte aus der Abrede abgetreten erhalten hat (vgl. oben S. 577 Erl. 2a zu § 1137). Daß, von dieser geringfügigen Abweichung abgesehen, die Revenuenhypothek durch Vereinbarung zulässig sein soll, ist mit den obigen Vorschriften des EG. unvereinbar und daher einer solchen Vereinbarung jede Wirkung zu versagen (s. Grützmann in Krit. VJSchr. 45 S. 261 f.).

4. Der § 1147 findet auf **alle Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden** Anwendung mit Ausnahme der Eigentümer-Hypotheken und Eigentümer-Grundschulden (§§ 1177, 1197).

§ 1148.

E. II § 1055 rev. § 1132; III § 1131. P. I S. 3924 ff.; M. III S. 223. P. II Bd. 3 S. 575 f.

1. **Passivlegitimation des Bucheigentümers.** Die Bestimmung des § 1148 betrifft die Passivlegitimation für die dingliche Klage. Diese kann nicht nur gegen den Eigentümer oder den Besitzer des belasteten Grundstücks, sondern auch gegen andere an dem belasteten Grundstücke Berechtigte sowie gegen sonstige Dritte erhoben werden, sofern sie durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Hypothek hindern oder das Hypothekenrecht beeinträchtigen. Dies ergibt sich aus der dinglichen Natur der Hypothek und ist deshalb in dem Gesetze, von der Vorschrift des § 1134 abgesehen, nicht besonders bestimmt worden (vgl. M. III S. 677 unter b).

Dementsprechend ist die Hypothekenklage nicht nur gegen den wirklichen Eigentümer, sondern auch gegen den zu Unrecht als Eigentümer Eingetragenen zulässig, da nach § 17 des ZVG. zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück ein gegen den Eingetragenen (oder den Erben des Eingetragenen) vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich ist (vgl. P. II Bd. 3 S. 575). Der verklagte Bucheigentümer kann also nicht einwenden, daß er nicht Eigentümer sei, sondern muß dem Rechte des Gläubigers auf Beschaffung eines Vollstreckungstitels Genüge tun, indem er ihm entweder eine vollstreckbare Urkunde ausstellt oder in dem Rechtsstreite seine Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung anerkennt. Dies gilt auch, wenn der Gläubiger lediglich die Zwangsverwaltung gegen den Bucheigentümer betreiben will, obwohl für diese ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen den Bucheigentümer nicht unbedingt erforderlich ist, sondern auch ein Titel gegen den Eigenbesitzer genügt (ZVG. § 147).

2. **Wirksamkeit des gegen den Bucheigentümer erwirkten Vollstreckungstitels gegenüber dem wahren Eigentümer.** Gegen eine Zwangsvollstreckung, die auf Grund eines gegen den eingetragenen Nichteigentümer vollstreckbaren Schuldtitels betrieben wird, würde in Ermangelung einer besonderen Vorschrift der wirkliche Eigentümer auf Grund des § 750 der CPO. Einwendung erheben können, da die Zwangsvollstreckung in Wahrheit gegen ihn und nicht gegen den Bucheigentümer stattfindet und gegen ihn ein vollstreckbarer Schuldtitel nicht vorliegt. Dies würde selbst dann zulässig sein, wenn der Gläubiger den Bucheigentümer für den wirklichen Eigentümer halten sollte; denn für die Rechtsverfolgung gilt der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht (M. III S. 223; oben S. 142 Erl. 1b zu § 893). Diesen Einwand schneidet aber § 1148 dem Eigentümer im Interesse tunlichst glatter Durchführung des hypothekarischen Anspruchs ab (vgl. P. II Bd. 3 S. 575). Der wahre Eigentümer kann also nicht verlangen, daß der Gläubiger erst gegen ihn einen vollstreckbaren Schuldtitel erwirbt, wenn ein solcher gegen den Bucheigentümer vorliegt, und zwar selbst dann nicht, wenn dem Gläubiger das mangelnde Recht des letzteren bekannt war oder ein Widerspruch gegen das Eigentum eingetragen ist. Ihm gegen-

über gilt bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek (nicht bei der Verfolgung des persönlichen Anspruchs) der Bucheigentümer als wirklicher Eigentümer.

Dadurch ist aber nicht etwa dem gegen den eingetragenen Nichteigentümer ergangenen Urteile Rechtskraft gegenüber dem wahren Eigentümer beigelegt; nur der auf § 750 der CPO. gestützte formale Einwand ist ihm abgeschnitten, seine Einwendungen gegen den Hypothekenanspruch selbst (vgl. S. 576f. Erl. 2 zu § 1137) bleiben ihm durch § 1148 Satz 2 ausdrücklich gesichert. Diese muß er im Wege der Interventionsklage gemäß § 771 der CPO. geltend machen, während für jenen formalen Einwand nach § 766 das Vollstreckungsgericht zuständig sein würde (abw. Hellwig, Rechtskraft S. 380ff., 427; Biermann S. 350: Klage aus § 767 der CPO.).

3. Vollstreckungstitel gegen Miteigentümer, Ehegatten rc. Sind mehrere Personen als gemeinsame Eigentümer des belasteten Grundstücks eingetragen, so muß der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen alle erwirken, wenn er die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben will; ein Vollstreckungstitel gegen einen der Miteigentümer genügt nur zur Zwangsvollstreckung in dessen Anteil an dem Grundstücke, vorausgesetzt, daß ihm ein Bruchteil an diesem zusteht. Ausnahmsweise genügt bei dem gemeinschaftlichen Eigentume zur gesamten Hand zur Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des ganzen Grundstücks ein gegen einen Miteigentümer vollstreckbarer Titel, z. B. wenn das Grundstück zu dem Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft (oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft) gehört, ein Titel gegen den Ehemann (oder den überlebenden Ehegatten) gemäß § 740 (§ 745) der CPO. oder, wenn die Ehefrau selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, ein Titel gegen diese nach näherer Bestimmung des § 741 der CPO. (vgl. Bd. IV S. 265f. Erl. 5 zu § 1459) rc.

Umgekehrt muß zu dem Vollstreckungstitel gegen den eingetragenen Eigentümer unter Umständen noch ein Titel gegen einen anderen hinzukommen, damit die Zwangsvollstreckung zulässig ist, z. B. wenn das Grundstück zu dem eingebrachten Gute der Ehefrau gehört und diese kein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibt, ein Vollstreckungstitel gegen den Ehemann, kraft dessen dieser die Zwangsvollstreckung zu dulden hat (CPO. §§ 739, 741; vgl. Bd. IV S. 195ff. Erl. 9 zu § 1411), wenn das Grundstück der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt, ein Vollstreckungstitel gegen diesen nach näherer Vorschrift des § 748 (vgl. Bd. V die Erl. zu § 2213) rc.

Alle diese Vorschriften (vgl. CPO. §§ 735—749, Struckmann-Koch, 8 Aufl. Bd. II S. 123ff.) finden auf die Zwangsvollstreckung zur Befriedigung des Hypothekengläubigers ausnahmslos Anwendung.

Im Konkurse des Eigentümers ist die Hypothekenklage gegen den Konkursverwalter zu richten (JW. 1901 S. 183; Kunau im Recht 1903 S. 145; Jaeger KO. S. 403 Anm. 6 zu § 47).

4. Für die Frage der **Vollstreckbarkeit** eines auf die Hypothekenklage ergangenen Urteils **gegen den Rechtsnachfolger des verurteilten Eigentümers** gilt die Sondervorschrift des § 325 Abs. 3 der CPO. Während nach § 325 Abs. 2 das auf eine dingliche Klage ergehende rechtskräftige Urteil gegen denjenigen, welcher das Grundstück nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit erworben hat, nur dann wirksam wird, wenn er die Rechtshängigkeit bei dem Erwerbe kannte, wirkt ein Urteil, das einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld betrifft, im Falle einer Veräußerung des belasteten Grundstücks in Ansehung des Grundstücks gegen den Rechtsnachfolger auch dann, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. Er kann sich also auf seinen guten Glauben gegenüber den Wirkungen der Rechtshängigkeit nicht berufen. Diese Bestimmung, von der § 325 Abs. 3 Satz 2 zugunsten des Erstehers eines im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstücks eine Ausnahme macht, soll, ebenso wie die des § 1148, dem Gläubiger die Verfolgung seines Rechtes erleichtern. Sie entspricht der Vorschrift des § 26 des ZVG., nach welcher bei einer Zwangsversteigerung, die wegen des Anspruchs aus einem eingetragenen Rechte angeordnet ist, eine nach der Beschlagnahme erwirkte Veräußerung des Grundstücks auf den Fortgang des Verfahrens keinen Einfluß hat (vgl. Bd. I S. 44ff. Vorbm. IV 5; Struckmann-Koch 8. Aufl. I S. 443 Erl. 3 zu § 325; Fischer u. Schaefer, ZVG. S. 223f., Erl. zu § 26 und S. 268 Erl. 3 zu § 54).

Dagegen gelten die Vorschriften der CPO. über die formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gegen einen Rechtsnachfolger des Verurteilten oder einen sonstigen Dritten, dem gegenüber das Urteil wirksam ist, auch für die Hypothekenklage (vgl. CPO. §§ 727 bis 731, 738, 742, 744, 745, 749).

5. Der § 1148 gilt auch für **Grundschulden und Rentenschulden**.

§. 1149. Der Eigenthümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Uebertragung des Eigenthums an dem Grundstücke zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken.

---

§ 1149.

E. I § 1077; II § 1056 rev. § 1133; III § 1132. P. I S. 5109 ff.; M. III S. 679 ff. P. II Bd. 3 S. 573.

1. **Unzulässigkeit des Verfallvertrags und der Abrede des Privatverkaufs vor der Fälligkeit der Hypothekenforderung.** Da in dem Gebiete des Sachenrechts der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht gilt (oben S. 7), können die Beteiligten den Inhalt des dinglichen Rechtes nicht durch Vereinbarung erweitern. Wohl aber haben die Verträge, durch welche der Eigentümer dem Hypothekengläubiger weitergehende Befugnisse einräumt, als ihm kraft des Gesetzes zustehen, obligatorische Wirkung. Aber auch diese versagt der § 1149 zwei Verträgen, nämlich der lex commissoria und der Abrede des Privatverkaufs, sofern sie vor der Fälligkeit der Hypothekenforderung geschlossen werden.

Werden diese Abreden später getroffen, so sind sie gültig, haben aber nur obligatorische Wirkung (a. M. Fuchs S. 472 Erl. 1, S. 473 Erl. 4a). Sie binden also nur den Eigentümer, der dem Gläubiger die weitergehenden Rechte eingeräumt hat, nicht einen Sondernachfolger desselben in dem Eigentume des Grundstücks. Auch durch Vormerkung kann das Recht zum Privatverkaufe keine Wirkung gegen Dritte erlangen, da es dem Gläubiger keinen „Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes" (§ 883) gewährt; es verpflichtet den Eigentümer nur zur Duldung und Genehmigung einer von dem Gläubiger vorgenommenen Veräußerung, nicht zu einer der vorgedachten Rechtshandlungen (vgl. Erl. 3). Dagegen ist auf Grund der in § 1149 an erster Stelle genannten Abrede eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums zwecks Befriedigung des Gläubigers zulässig.

Maßgebend ist der Zeitpunkt der Fälligkeit der Hypothekenforderung gegenüber dem Eigentümer, nicht gegenüber dem persönlichen Schuldner, wie der Wortlaut des § 1149 außer Zweifel stellt (vgl. oben S. 585 f. Erl. 1 zu § 1141).

2. Über die Begründung des **Verbots des Verfallvertrags (der lex commissoria)** und über das frühere Recht vgl. M. III S. 680 Ziff. 1 sowie RG. 2 S. 333, 4 S. 51. Wie in den M. III S. 681 besonders hervorgehoben ist, bezieht sich das Verbot nicht auf den Fall, wenn der Veräußerer eines Grundstücks sich den Rückfall des Eigentums unter der Bedingung vorbehalten hat, daß der Erwerber das durch Hypothek zu sichernde Kaufgeld nicht pünktlich zahlen würde; diese Vereinbarung ist gültig und kann durch eine Vormerkung Wirksamkeit gegen Dritte erlangen (vgl. S. 207 Erl. 10 zu § 925). Dasselbe gilt von der Einräumung eines Rücktrittsrechts (§§ 346 ff.) an den Verkäufer für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises, zu dessen Sicherung die Hypothek bestellt ist (Bayer. ObLG. 3 S. 681). Ebenso ist auch jetzt noch die für das preußische Recht ergangene Entscheidung des ROHG. 7 S. 65 für zutreffend anzusehen, nach welcher dem Gläubiger das Recht eingeräumt werden kann, das belastete Grundstück für einen bestimmten Preis noch vor dem Zeitpunkte der Fälligkeit seiner Forderung zu erwerben. Alle diese Verträge sowie auch eine nach Fälligkeit der Hypothek getroffene Abrede, daß der Gläubiger zwecks seiner Befriedigung die Übereignung des Grundstücks verlangen kann, bedürfen nach § 313 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, da sie den Eigentümer zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke verpflichten. Daß der aus ihnen entspringende Anspruch durch eine Vormerkung gesichert werden kann, ist bereits gesagt.

3. **Ein Vertrag, durch welchen dem Gläubiger das Recht eingeräumt wird, die Veräußerung des Grundstücks in anderer Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung** (§ 1147) **zu bewirken**, ist, sofern er vor der Fälligkeit der Hypothekenforderung geschlossen wird, deshalb für ungültig erklärt, „weil es gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wenn der eine oder der andere Teil von vornherein auf die Anwendung derjenigen Formen verzichtet, welche das Gesetz vorschreibt, um die Rechtsverwirklichung in ordnungsmäßiger und gerechter Weise sicherzustellen" (M. III S. 681 Ziff. 2; s. Bayr. ObLG. 3 S. 681). Die Nichtigkeit dieses Vertrags hat auch die Ungültigkeit der auf Grund desselben dem Gläubiger erteilten Vollmacht zur Auflassung des

§. 1150. Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke, so finden die Vorschriften der §§. 268, 1144, 1145 entsprechende Anwendung.

---

belasteten Grundstücks an seinen Käufer zur Folge (vgl. Bd. I S. 292 Erl. 3 zu § 167; a. M. Fuchs S. 472 Erl. 4, Biermann S. 351 Erl. 2); gegenüber einem gutgläubigen Dritten, an welchen das Grundstück veräußert ist, kann die Ungültigkeit aber nur nach Maßgabe der §§ 170—173 geltend gemacht werden (vgl. Bd. I a. a. O. und S. 300 ff. Erl. zu §§ 170—173).

Ist dem Gläubiger nach der Fälligkeit der Forderung das Recht zum freihändigen Verkaufe des belasteten Grundstücks eingeräumt, so kann er diesen Verkauf im eigenen Namen vornehmen, den Kaufpreis einziehen und, soweit dies zu seiner Befriedigung erforderlich ist, behalten und von dem Eigentümer die Auflassung des Grundstücks an den Käufer fordern. Diese Auflassung namens des Eigentümers zu erklären, ist er nur auf Grund einer Vollmacht desselben befugt; daher wird deren Erteilung zweckmäßig mit jener Abrede zu verbinden sein; nach § 168 Satz 2 (Bd. I S. 298 Erl. 2 zu § 168) ist eine solche Vollmacht unwiderruflich (vgl. Fischer u. Schaefer, ZPO. S. 112). Auch diese Vereinbarung bedarf der Form des § 313, da sie den Eigentümer zur Übereignung des Grundstücks an den Käufer des Gläubigers verpflichtet (RG. 50 S. 163). Sie hat aber stets nur obligatorische Wirkungen, wie in Erl. 1 Abs. 2 bereits erwähnt.

4. Auf die **Grundschulden und Rentenschulden** findet § 1149 gleichfalls Anwendung.

§ 1150.

E. I §§ 1081, 1082; II § 1057 rev. § 1134; III § 1133. P. I S. 5045 f., 5177 ff., 5308 f., 5331 f., 6240 f., 11976; M. III S. 690 ff. P. II Bd. 3 S. 577 ff.; Bd. 4 S. 603 f. D. S. 670.

1. **Voraussetzung des Ablösungsrechts.** Der § 1150 regelt das Ablösungsrecht (jus offerendi) gegenüber dem Hypothekengläubiger im Anschluß an die Vorschrift des § 268 (Bd. II S. 56), der ein Ablösungsrecht gegenüber einem die Zwangsvollstreckung betreibenden persönlichen Gläubiger gewährt. Die Voraussetzungen sind aber nicht dieselben. Während nach § 268 die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand erforderlich ist, verlangt § 1150 nur, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt. Diese Fassung ist von der zweiten Kommission (P. II Bd. 3 S. 578) auf Grund der Erwägung beschlossen worden, daß, sobald der Gläubiger mit dem Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstücke hervortrete, die Gefahr der Zwangsversteigerung hinreichend nahe gerückt sei, so daß ein berechtigtes Interesse der Realberechtigten und des Besitzers anerkannt werden müsse, den Eintritt dieser Gefahr zu verhindern; wenn die Ablösung erst in der Zwangsvollstreckung zugelassen würde, so bewirke das nur, daß die Kosten der Einleitung der Zwangsversteigerung nutzlos aufgewendet werden müßten. Im Interesse der Ersparung unnötiger Kosten ist auch ein Antrag, das Ablösungsrecht von der gerichtlichen Geltendmachung des Hypothekenanspruchs abhängig zu machen, abgelehnt worden.

Voraussetzung des Ablösungsrechts bildet demnach nur, daß der Hypothekengläubiger gerichtlich oder außergerichtlich Befriedigung aus dem Grundstück oder den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, verlangt; es genügt also z. B. auch eine an den Eigentümer gerichtete Zahlungsaufforderung des Gläubigers oder der Eintritt der Fälligkeit der Hypothekenforderung auf Grund einer Kündigung des Gläubigers an den Eigentümer. (Fuchs S. 474 Erl. 2a, Turnau-Förster I S. 715 Erl. 3 u. a. halten den Eintritt der Fälligkeit nicht für erforderlich, sondern die Kündigung für genügend; dies ist nur für den Fall richtig, daß der persönliche Schuldner vor der Fälligkeit zur Leistung berechtigt, der Gläubiger also vor dieser zur Annahme verpflichtet ist; vgl. S. 588 Erl. 2b zu § 1142.) Eine Mahnung an den mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldner oder die Erhebung der persönlichen Klage gegen diesen ist dagegen nicht genügend, da in ihnen kein Verlangen nach Befriedigung „aus dem Grundstücke" zu finden ist. Andererseits kann von dem Ablösungsrecht auch noch nach Erhebung und Durchführung der dinglichen Klage und nach Einleitung der Zwangsversteigerung, bis zur Verkündigung des Zuschlagsbeschlusses Gebrauch gemacht werden. Nach Beginn des Versteigerungstermins kann der Ablösungsberechtigte den zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers und zur Deckung der Kosten erforderlichen Betrag an das Vollstreckungsgericht einzahlen und dadurch die einstweilige Einstellung des Verfahrens erwirken; diese Zahlung steht aber der Zahlung an den Gläubiger nicht gleich; die Wirkungen der Ablösung treten erst mit der Befriedigung des

Gläubigers seitens des Gerichts ein (vgl. ZVG. § 75; Fischer u. Schaefer S. 316 ff. Erl. 3 zu § 75).

2. Berechtigt zur Ablösung ist nach § 268 „Jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren", sowie der Besitzer der Sache, „wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren". Dies gilt auch nach § 1150. Demnach sind nicht nur nachstehende Hypothekengläubiger, sondern alle an dem belasteten Grundstück oder auch an den mithaftenden beweglichen Gegenständen dinglich Berechtigte, denen infolge der Zwangsvollstreckung ein Rechtsverlust droht, und auch Besitzer des Grundstücks oder der beweglichen körperlichen Sachen, auf die sich die Hypothek erstreckt (z. B. Mieter, Pächter), die durch die Zwangsvollstreckung den Besitz verlieren würden, zur Ablösung befugt (vgl. Bd. II S. 56 Erl. 3 zu § 268). Nicht hierher zu rechnen ist der Konkursverwalter im Konkurse des Eigentümers, da er nicht als ein Dritter im Verhältnisse zu dem Eigentümer anzusehen ist (Rspr. 9 S. 378; oben S. 589 Erl. 2a zu § 1143; a. M. Seuffert, Konkursprozeßr. S. 102). Den dem Hypothekengläubiger vorgehenden Realberechtigten steht regelmäßig kein Ablösungsrecht zu, da ihre Rechte in das geringste Gebot aufgenommen werden müssen und bestehen bleiben (ZVG. §§ 44, 49); nur wenn sie ältere als zweijährige Rückstände von Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen zu beanspruchen haben, droht ihnen auf Grund der im § 10 Ziff. 4, 5, 8 des ZVG. aufgestellten Rangordnung ein Rechtsverlust. Andererseits haben die der Hypothek nachstehenden Realberechtigten auch dann das Ablösungsrecht, wenn ihre Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse mit voller Bestimmtheit zu erwarten ist, da sie durch den Zuschlag ihre dinglichen Rechte verlieren (vgl. Fischer u. Schaefer S. 315 Erl. 2b zu § 75).

Sind mehrere Ablösungsberechtigte vorhanden, so sind sie gleichberechtigt; keinem steht ein Vorzugsrecht vor den übrigen zu (a. M. Jaeckel, ZVG. S. 276 Erl. 2 zu § 75). Wer zuerst den Gläubiger befriedigt (a. M. Oberneck I S. 834, Biermann S. 352 Erl. 1b u. a., die die Zeit der Erklärung gegenüber dem Gläubiger, andererseits Fuchs S. 477 Erl. 6d, der den Zeitpunkt der Einigung mit diesem für maßgebend erklärt), schließt dadurch die übrigen aus.

3. Die Ablösung erfolgt durch Befriedigung des Gläubigers, und zwar durch völlige Befriedigung, es sei denn, daß er nur wegen eines Teilbetrags die Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt hat. Die Befriedigung kann nicht nur durch Zahlung, sondern nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 268 Abs. 2 auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Ablösenden gegen den Hypothekengläubiger erfolgen (vgl. Bd. II S. 57 Erl. 4, 5 zu § 268 und oben S. 588 Erl. 4 zu 1142).

4. Die Wirkungen der Ablösung ergeben sich aus § 268 Abs. 3: „Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden". Der Ablösende erwirbt also nicht etwa, wie in dem E. I vorgeschlagen war, einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Abtretung seiner Forderung, sondern kraft Gesetzes geht die Forderung des befriedigten Gläubigers mit der Hypothek auf ihn über. Wenn der Gläubiger aber nur teilweise befriedigt wurde, verbleibt ihm für seine Restforderung der Vorrang. Diese Änderung gegenüber dem E. I wurde von der zweiten Kommission mit Rücksicht auf den entsprechenden Beschluß zu § 1143 des BGB. gebilligt (P. II Bd. 3 S. 579). Es kommt das in Erl. 3 zu § 1143 (S. 591 f.) Gesagte auch hier in Betracht, jedoch mit der Einschränkung, daß das dingliche Recht des Dritten nicht wie das Recht des den Gläubiger befriedigenden Eigentümers nach den Vorschriften des § 1197 über die Eigentümergrundschuld beschränkt, sondern von vornherein ein vollkommenes Hypothekenrecht ist.

Dieser Gleichstellung der Wirkung der Ablösung mit der Wirkung der Befriedigung durch einen Eigentümer, der nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, entspricht die Erstreckung der dem letzteren nach §§ 1144, 1145 zustehenden Rechte auf Aushändigung der zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden und auf Aushändigung des Briefes ode bei einer teilweisen Befriedigung auf dessen Vorlage zwecks Herstellung eines Teilhypothekenbriefs und Umschreibung des Teilbetrags „gegen Befriedigung des Gläubigers" (vgl. die Erl. zu den §§ 1144, 1145, oben S. 592 ff.).

5. Gesamthypothek. Anders als der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer (vgl. S. 592 Erl. 4 zu § 1143), erwirbt der Ablösungsberechtigte mit der Befriedigung eines Gesamthypothekengläubigers die Gesamthypothek an allen belasteten Grundstücken, auch wenn ihm nur an einem Grundstück ein zur Ablösung berechtigendes Recht (Erl. 2) oder der Besitz zusteht. Voraussetzung für sein Ablösungsrecht bildet aber, daß der Gläubiger gerade aus diesem Grundstücke Befriedigung verlangt hat (vgl. Turnau-Förster I S. 718 Anm. 10).

§. 1151. Wird die Forderung getheilt, so ist zur Aenderung des Rangverhältnisses der Theilhypotheken unter einander die Zustimmung des Eigenthümers nicht erforderlich.

§. 1152. Im Falle einer Theilung der Forderung kann, sofern nicht die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, für jeden Theil ein Theilhypothekenbrief hergestellt werden; die Zustimmung des Eigenthümers des Grundstücks ist nicht erforderlich. Der Theilhypothekenbrief tritt für den Theil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes.

---

6. Daß, von den Fällen der §§ 1150, 268 abgesehen, nur ein Bürge oder ein ausgleichungsberechtigter Mitbürge oder Gesamtschuldner mit der Befriedigung des Hypothekengläubigers dessen Forderung nebst der Hypothek erwirbt, während sonst die Befriedigung durch einen Dritten das Erlöschen der Forderung und den Übergang der Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer zur Folge hat, ist oben S. 589 Erl. 1 zu § 1143 bereits erwähnt. Über den Übergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner vgl. §§ 1164, 1174.

7. Der § 1150 gilt nicht nur für die Hypotheken, sondern auch für die **Grundschulden und die Rentenschulden.**

§ 1151.

E. II § 1058 rev. § 1135; III § 1134. P. II Bd. 3 S. 94 f., 585.

1. **Änderung des Rangverhältnisses zwischen Teilen derselben Hypothek.** Nach § 880 Abs. 2 Satz 2 ist zu einer Rangänderung zwischen mehreren ein Grundstück belastenden Rechten die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, wenn das zurücktretende Recht eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld bildet. Von dieser Vorschrift, die sich aus dem Interesse des Eigentümers an dem Range der Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld für den Fall ihres Überganges auf ihn erklärt (vgl. oben S. 104 Erl. 3 c zu § 880), macht § 1151 eine Ausnahme auf Grund der Erwägung, daß es sich bei der Änderung des Rangverhältnisses mehrerer durch Teilung derselben Post entstandener Teilhypotheken oder Teilgrundschulden untereinander nicht um die Rangänderung verschiedener Berechtigungen, sondern um die Reihenfolge der Anteile mehrerer an einem Rechte Beteiligten handelt sowie daß die so häufig vorkommenden Teilabtretungen, bei denen die Teile selten gleichen Rang behalten, durch die Notwendigkeit der Zuziehung des Eigentümers ohne Not wesentlich erschwert werden würden (vgl. P. II Bd. 3 S. 94 f.).

2. **Die Vorschrift des § 1151 findet nicht nur dann Anwendung,** wenn bei der Teilung der Hypothekenforderung, sondern auch wenn nach dieser der einen Teilhypothek der Vorrang vor der anderen eingeräumt wird. Sie erklärt aber die Zustimmung des Eigentümers nur für eine Rangänderung, nicht für eine Änderung des Inhalts der Teilhypotheken für unnötig; soll also eine solche bei der Teilabtretung stattfinden, bedarf es der Mitwirkung des Eigentümers gemäß § 877. Zu der Teilung selbst ist diese nicht erforderlich (vgl. P. II Bd. 3 S. 665 f.).

Von dem Erfordernisse der Zustimmung des Eigentümers abgesehen, finden die Vorschriften des § 880 auf die Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken Anwendung.

3. **Wenn** bei einer Teilung einer Hypothek oder Grundschuld **über den Rang der Teilposten nichts bestimmt** ist, haben diese gleichen Rang. Nur in den Fällen, in denen ein Teil einer Hypothek kraft Gesetzes auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten übergeht, steht auf Grund der Vorschriften der §§ 1176, 1143, 774, 426, 1150, 268 der Resthypothek des Gläubigers der Vorrang zu, und wenn der persönliche Schuldner, der den Gläubiger befriedigt hat, die Hypothek nur zum Teil erwirbt, so erlangt er den Vorrang vor der auf den Eigentümer übergegangenen Resthypothek (§ 1164 Abs. 1 Satz 2).

§ 1152.

E. I § 1122; II § 1059 rev. § 1136; III § 1135. P. I S. 5262, 5267, 5276 f., 5320, 5345 ff., 6242 f., 6248, 6267, 6272; M. III S. 761 f. P. II Bd. 3 S. 665 f.

1. **Zulässigkeit von Teilhypothekenbriefen.** Im Gegensatze zu der preuß. GBO. §§ 83, 84, nach welcher die Bildung eines Teilhypothekenbriefs erfolgen mußte, wenn ein Teil der Hypothek abgetreten, auf andere Weise erworben oder verpfändet wurde, erklärt das BGB. die Bildung eines Teilhypothekenbriefs nicht für notwendig, sondern nur für zulässig (vgl. oben S. 596 Erl. 3 b zu § 1145). Das Gesetz beschränkt aber diese Zulässigkeit nicht auf die Fälle,

§. 1153. Mit der Uebertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.

---

in denen ein Teil der Hypothek an einen anderen Gläubiger abgetreten worden ist oder abgetreten werden soll oder auf ihn kraft Gesetzes übergegangen ist oder belastet werden soll oder bereits belastet ist, sondern es gestattet die Bildung eines Teilhypothekenbriefs in allen Fällen, in denen die Briefhypothek in Teile zerfällt, sei es, daß von vornherein mehrere Gläubiger vorhanden sind oder daß eine Teilung später eintritt (vgl. M. III S. 761; KG. 27 S. A 151). Ein Recht auf Herstellung eines Teilhypothekenbriefs ist insbesondere in den §§ 1145, 1150, 1167, 1168 gewährt.

Wird bei einer Teilung der Hypothekenforderung zugleich das belastete Grundstück in der Weise zerlegt, daß die einzelnen Teile der Forderung lediglich auf je einem Grundstücksteile lasten, so ist für die Bildung von Teilhypothekenbriefen kein Raum, sondern für jedes Grundstück ein neuer Hypothekenbrief herzustellen; denn durch die Teilung des Grundstücks werden die einzelnen Teile selbständige Grundstücke und infolgedessen die auf ihnen lastenden Hypotheken von einander in ihrer Existenz völlig gesonderte Einzelhypotheken (KG. 27 S. A 151).

2. **Zur Bildung des Teilhypothekenbriefs** bedarf es nach § 1152 Abs. 1 Halbs. 2 **nicht der Zustimmung des Eigentümers** (vgl. P. II Bd. 3 S. 665 f.). Ebensowenig ist die **Zustimmung der Gläubiger der anderen Teilhypotheken** der bereits geteilten Post erforderlich, da ihre Rechte durch die Ausstellung des Teilbriefs nicht berührt werden. Vielmehr kann jeder Teilhypothekengläubiger unter Vorlage des Briefes die Ausstellung eines Teilbriefs über seine Teilhypothek erwirken (a. M. Fuchs S. 479 ff. Erl. 2, 4 u. 6, der eine Einigung zwischen dem Stammgläubiger und dem Teilgläubiger für erforderlich hält).

3. **Die Zuständigkeit** zur Herstellung des Teilhypothekenbriefs und **Form und Inhalt** desselben ist durch die GBO. § 61 geregelt (vgl. oben S. 596 Erl. 3b zu § 1145; Achilles-Strecker, GBO. S. 309 ff.; KG. 22 S. A 176).

4. **Die Wirkung** der Herstellung des Teilhypothekenbriefs besteht darin, daß dieser und nicht mehr der Stammhypothekenbrief den Brief für die betreffende Teilhypothek bildet. Es bedarf daher insbesondere zur Abtretung und Belastung der letzteren der Übergabe des Teilbriefs; der Eigentümer kann der Geltendmachung der Teilhypothek widersprechen, eine Kündigung oder Mahnung des Teilhypothekengläubigers zurückweisen, wenn dieser nicht den Teilhypothekenbrief vorlegt; Eintragungen bei der Teilhypothek setzen die Vorlage des Teilbriefs voraus und sind auf diesem zu vermerken (vgl. oben S. 510 f. Vorbm. 2c, S. 536 f. Erl. 4, 5 zu § 1116). Der Stammbrief, der bis zur Ausstellung des Teilbriefs auch für die Teilhypothek den Brief gebildet hat, kommt nunmehr für diese nicht mehr in Betracht. Er ist jedoch dem Grundbuchamte gemäß §§ 42, 62 GBO. vorzulegen, wenn die außerhalb des Grundbuchs vollzogene Teilabtretung gebucht werden soll, da durch diese Eintragung die ganze Hypothek, auch der nicht abgetretene Teil, betroffen wird (RJA. 6 S. 63).

5. **Hypothekenbrief über einen Teil einer Buchhypothek.** Die Vorschrift des § 1116 Abs. 3, nach welcher es zur nachträglichen Bildung eines Hypothekenbriefs über eine bisherige Buchhypothek der Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer und der Eintragung bedarf, wird durch § 1152 Satz 1 Halbs. 2 nicht berührt. Wenn also eine Buchhypothek geteilt und über eine oder mehrere Teilposten ein Brief gebildet werden soll, ist die Zustimmung des Eigentümers zu der Bildung des Briefes erforderlich. Da in diesem Falle ein Stammhypothekenbrief, von dem für den Teilbrief, der Vorschrift der GBO. § 61 Abs. 2 entsprechend, eine beglaubigte Abschrift genommen werden könnte, nicht besteht, so ist nicht ein Teilbrief, sondern ein gewöhnlicher Hypothekenbrief über die einzelnen Teile der bisherigen Buchhypothek zu bilden (vgl. Achilles-Strecker S. 310 Erl. 1 zu § 61; CBl. f. FG. 1 S. 972).

6. **Auf Briefgrundschulden und Briefrentenschulden** ist § 1152 ebenfalls anwendbar.

§ 1153.

E. I § 1066; II § 1060 rev. § 1137; III § 1136. P. I S. 5155 ff., 5161, 5217; M. III S. 704 ff. P. II Bd. 3 S. 585 f.

1. **Begründung der Vorschriften des § 1153.** Die Hypothek ist ein akzessorisches Recht (oben S. 508 Vorbm. 2a). Sie dient zur Sicherung einer Forderung und wird durch diese ihrem wesentlichen Inhalte nach bestimmt (vgl. S. 528 ff. die Erl. zu § 1115). Sie kann daher

§. 1154. Zur Abtretung der Forderung ist Ertheilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Uebergabe des Hypothekenbriefs erforderlich;

---

nur dem jeweiligen Gläubiger der Forderung zustehen; für einen anderen würde sie ein inhaltloses und folglich nutzloses Recht sein, einerlei, ob dieser andere der frühere Gläubiger der Forderung ist oder ob er die Hypothek ohne die Forderung übertragen erhalten hat; in beiden Fällen würde die Hypothek nicht mehr durch die Forderung beeinflußt werden und daher ihren wesentlichen Inhalt einbüßen. Auf dieser Erwägung beruhen die Vorschriften des § 1153, welche demnach auf die von der Forderung unabhängige Grundschuld nicht zur Anwendung kommen (vgl. M. III S. 706 Ziff. 2a; P. II Bd. 3 S. 586; dagegen Hachenburg, Beiträge S. 85—93).

2. § 1153 enthält zwei verschiedene Bestimmungen.

a) Zunächst erklärt er die **Übertragung der Forderung ohne die Hypothek** für unzulässig. Eine Übertragung der Forderung hat mit Notwendigkeit den Übergang der Hypothek auf den neuen Gläubiger zur Folge. Wird der letztere bei der Übertragung der Forderung ausgeschlossen, so erlischt nicht etwa die Hypothek, wie nach § 1250 Abs. 2 das Pfandrecht, sondern die Abtretungserklärung ist unwirksam (vgl. M. III a. a. O.). Der Gläubiger, der nur die Forderung abtreten will, kann dies nur in der Weise bewirken, daß er in der im § 1168 vorgeschriebenen Form auf die Hypothek verzichtet oder daß er durch Einigung mit dem Eigentümer und Eintragung die Hypothek in eine Grundschuld umwandelt (§ 1198).

b) Außerdem verbietet § 1153 die **Übertragung der Hypothek ohne die Forderung.** Eine solche Übertragung ist nichtig. Damit ist aber nicht gesagt, daß das dingliche Recht des Hypothekengläubigers nicht ohne die Forderung übergehen könne. Das BGB. kennt, wie oben S. 512f. Vorbm. 2e erwähnt, viele Fälle des Überganges dieses Rechtes auf den Eigentümer ohne die Forderung, aber dasselbe verwandelt sich alsdann in eine Grundschuld. Als Hypothek kann das dingliche Recht des Gläubigers regelmäßig nur mit der Forderung übertragen werden. Aber auch von dieser, dem bisherigen Rechte entsprechenden Regel läßt das BGB. Ausnahmen zu (vgl. Erl. 3b).

3. Die Vorschriften des § 1153 gelten zwar für **alle Arten der Übertragung,** nicht nur für die rechtsgeschäftliche Übertragung, die Abtretung (§ 398), sondern auch für die Übertragung kraft Gesetzes und durch gerichtliche Anordnung (vgl. M. III S. 704). Durch gerichtliche Anordnung wird eine Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung übertragen, indem dem Gläubiger die gepfändete Forderung an Zahlungsstatt überwiesen wird (vgl. Erl. 6 zu § 1154). Fälle, in denen eine durch eine Hypothek gesicherte Forderung kraft Gesetzes auf einen anderen Gläubiger übergeht, sind oben S. 589 in Erl. 1 zu § 1143 genannt; andere Fälle sind z. B. die Eingehung einer gütergemeinschaftlichen Ehe, der Übergang auf die Erben des Gläubigers ꝛc.

Die Vorschriften gelten aber **nicht ausnahmslos.**

a) Von dem Satze, daß die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragen werden kann, macht § 1190 Abs. 4 für die Maximalhypothek eine Ausnahme.

b) Eine Übertragung der Hypothek ohne die Forderung wird durch die Vorschrift des § 1180 ermöglicht, welche die Einschiebung einer neuen Forderung an Stelle der bisher durch die Hypothek gesicherten zuläßt; demnach kann die Hypothek unter Loslösung von der bisherigen Forderung an einen neuen Gläubiger zur Sicherung einer ihm zustehenden Forderung abgetreten werden (vgl. Erl. 4 zu § 1180). Kraft Gesetzes geht in den Fällen der §§ 1164, 1174 die Hypothek ohne die Forderung auf den persönlichen Schuldner über, wenn er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann; sie verbindet sich alsdann mit der Ersatzforderung des Schuldners (vgl. Erl. 3 zu § 1164). Ähnliches gilt nach § 1173 Abs. 2, § 1182 zugunsten des Eigentümers eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke.

4. **Inhalt der §§ 1154—1159.** Die Form der rechtsgeschäftlichen Übertragung ist durch § 1154 geregelt; § 1155 dehnt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auf den nicht eingetragenen, aber gehörig legitimierten Erwerber der Briefhypothek aus; §§ 1156, 1157 regeln die Wirkungen der Übertragung und §§ 1158, 1159 die Übertragung der Forderung auf Zinsen und andere Nebenleistungen und auf Kosten.

§ 1154.

E. I § 1087 Abs. 1, § 1112 Abs. 1; II § 1061 rev. § 1138; III § 1137. P. I S. 5155 ff., 5276 ff., 5465 ff., 6241, 6246, 11996, 11999 f.; M. III S. 705, 707 ff., 748 ff. P. II Bd. 3 S. 586 f., 647 ff., 713 ff.; Bd. 6 S. 249 f. D. S. 669.

Hachenburg, Beiträge S. 105 ff.; Fischer im Arch. f. Bürg. R. 14 (1898) S. 261 ff.

die Vorschriften des §. 1117 finden Anwendung. Der bisherige Gläubiger hat auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen.

Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird.

Ist die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so finden auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften der §§. 873, 878 entsprechende Anwendung.

---

1. **Form der Abtretung einer Hypothekenforderung.** Die Abtretung einer Forderung, d. i. deren Übertragung durch Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger (§ 398, s. RG. 54 S. 146) bedarf regelmäßig keiner Form (vgl. Bd. II S. 271 Erl. 3 zu § 398). In Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde demnach auch die Forderung, für welche eine Hypothek besteht, und damit nach § 1153 auch die letztere durch formlosen Vertrag übertragen werden können, während für die Übertragung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstücke nach § 873 neben der formlosen Einigung die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist. Diese Folgerung aus der akzessorischen Natur der Hypothek schneidet das Gesetz im § 1154 ab, indem es die Abtretung an bestimmte Formen knüpft. Das BGB. weicht hierin von dem bisherigen Rechte der meisten deutschen Staaten, insbesondere auch Preußens (s. Achilles 4. Aufl. S. 249 Erl. 4 zu § 52 und S. 252 Erl. 1 zu § 54 des Eig.Erw.Ges.), ab. Über die Gründe vgl. M. III S. 707ff. und Hachenburg a. a. O.

Da nach § 1153 die Hypothek nicht ohne die Forderung und diese nicht ohne jene abgetreten werden kann und da die Forderung das Hauptrecht und die Hypothek das Nebenrecht ist, bindet § 1154 nicht die Abtretung der Hypothek, sondern die der Forderung an die vorgeschriebenen Formen. Diese sind verschieden, je nachdem für die Hypothek ein Brief erteilt ist oder nicht.

2. **Die Abtretung der durch eine Buchhypothek gesicherten Forderung** bedarf der Einigung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger über den Übergang der Forderung und der Eintragung in das Grundbuch. Auf sie finden die Vorschriften des § 873 und auch die Bestimmung des § 878 (über die Wirkungslosigkeit einer nach Stellung des Eintragungsantrags eintretenden Verfügungsbeschränkung auf die bereits bindend gewordene Erklärung) uneingeschränkt Anwendung (vgl. oben S. 83ff. Erl. zu § 873 und S. 98f. Erl. zu § 878). Es gilt also von dieser Abtretung dasselbe wie von der eines sonstigen dinglichen Rechtes an einem Grundstücke. Demnach erlangt der neue Gläubiger erst mit seiner Eintragung das Recht, über die Hypothek zu verfügen. Auf Verfügungen, die er vorher vornimmt, findet jedoch § 185 Anwendung und in der Abtretungserklärung und der Umschreibungsbewilligung des bisherigen Gläubigers ist, wenn nicht etwas anderes erhellt, auch die Einwilligung (§ 185 Abs. 1) zu Verfügungen des neuen Gläubigers enthalten, die dieser vor der Umschreibung der Hypothek vornehmen wird (RG. 54 S. 362).

Auch das formelle Grundbuchrecht enthält für die Eintragung der Abtretung keine Sondervorschrift. Die Eintragung erfolgt auf Antrag des Zedenten oder des Zessionars auf Grund der Eintragungsbewilligung des ersteren, der als Gläubiger in das Grundbuch eingetragen oder Erbe des eingetragenen Gläubigers sein muß (GBO. §§ 13, 19, 40, 41). Die Sonderbestimmungen des § 26 der GBO., nach welchen an Stelle der Eintragungsbewilligung die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers genügt, und des § 40 Abs. 2, welche von dem Erfordernisse der vorgängigen Eintragung des letzteren Ausnahmen macht, finden nur auf Briefhypotheken Anwendung.

Bei einer Gesamthypothek bedarf es der Eintragung des neuen Gläubigers auf den Grundbuchblättern aller belasteten Grundstücke (vgl. oben S. 569f. Erl. 4 zu § 1132).

Daß, anderes als nach der preuß. GBO. § 129 Abs. 2, bei der Eintragung der Abtretung einer Buchhypothek über diese nicht nachträglich ein Brief zu bilden ist, sondern die Buchhypothek nur gemäß § 1116 Abs. 3 in eine Briefhypothek umgewandelt werden kann, ist oben S. 510 Vorbm. 2c und S. 536 Erl. 2 zu § 1116 bereits gesagt.

3. **Zur Abtretung einer Briefhypothekenforderung** ist dagegen die Eintragung in das Grundbuch nicht erforderlich und, auch wenn die Einigung hinzukommt, nicht genügend. Der Brief kann seinen (oben S. 510f. Vorbm. 2c erörterten) Zweck, die Verkehrsfähigkeit des verbrieften Rechtes zu erhöhen, nur erfüllen, wenn ihm die Aufgabe zufällt, die Übertragung der Hypothekenforderung zu vermitteln (M. III S. 748). Deshalb ist zur Abtretung stets die

Übergabe des Briefes an den neuen Gläubiger erforderlich; demnach kann, wenn der Brief abhanden gekommen ist, die Abtretung erst erfolgen, nachdem der Brief für kraftlos erklärt und ein neuer erteilt ist (§ 1162; GBO. § 67). Die Übergabe des Briefes allein genügt aber nicht; daneben wird entweder die Erteilung einer Abtretungserklärung in schriftlicher Form oder die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch gefordert. Erst das Zusammentreffen einer dieser beiden Voraussetzungen und der Übergabe des Briefes bewirkt den Übergang des Rechtes. Durch die schriftliche Abtretungserklärung wird demnach der Zeitpunkt des Überganges nicht nachgewiesen, da sie die Zeit der Übergabe des Briefes nicht beweist (RG. 25 S. A 163; RJA. 6 S. 66).

a) **Die Übergabe des Hypothekenbriefs** muß von dem bisherigen Gläubiger an den neuen geschehen. Wie die zum Erwerbe der neu bestellten Hypothek erforderliche Übergabe des Briefes von dem Eigentümer an den Gläubiger (§ 1117), kann auch sie nicht nur durch unmittelbare Übergabe von dem Zedenten an den Zessionar, sondern auch durch bloße Einigung erfolgen, wenn der letztere bereits im Besitze des Briefes ist; sie wird ersetzt durch Besitzkonstitut und durch die ausdrücklich oder auch nur stillschweigend (s. RG. 54 S. 111) erklärte Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den im Besitze befindlichen Dritten (§ 929 Satz 2, §§ 930, 931), gilt als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief dem bisherigen Gläubiger auf Grund eines ihn zur Abtretung der Hypothekenforderung oder zur Herausgabe des Briefes verurteilenden Erkenntnisses zwecks Ablieferung an den neuen Gläubiger wegnimmt (CPO. § 883, § 897 Abs. 2) und wird vermutet, wenn der neue Gläubiger im Besitze des Briefes ist (vgl. oben S. 538 Erl. 2 zu § 1117).

Wie jene Übergabe, kann ferner auch diese durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der neue Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 2). Die Aushändigung des Hypothekenbriefs seitens des Grundbuchamts an den neuen Gläubiger ersetzt also für sich allein die Übergabe nicht; nur wenn sie auf Bewilligung des bisherigen Gläubigers erfolgt, wird in ihr eine Übergabe des Briefes zu finden sein. In allen übrigen Fällen hat die Aushändigung des Briefes seitens des Grundbuchamts an den neu eingetragenen Erwerber nur zur Folge, daß, weil er nun im Besitz ist, die Übergabe vermutet wird. Anders ist es dagegen, wenn die erwähnte Vereinbarung getroffen ist; alsdann wird der Zessionar mit seiner Eintragung in das Grundbuch oder, wenn die Vereinbarung der Eintragung nachfolgt, mit dem Abschlusse der Vereinbarung Gläubiger. Hierbei ist aber vorausgesetzt, daß der Brief dem Grundbuchamt eingereicht ist oder wird oder daß an Stelle des für kraftlos erklärten Briefes die Erteilung eines neuen beantragt ist. Ist weder dieses noch jenes geschehen, so kann die Vereinbarung keine Wirkung haben. Ist dagegen die Einreichung erfolgt oder der erwähnte Antrag gestellt, so genügt die Vereinbarung nicht nur neben der Eintragung, sondern auch neben der schriftlichen Abtretungserklärung zur Übertragung der Hypothek (s. Biermann S. 357 Erl. 1c; anders die frühere Aufl.). Wie nach § 1117 (s. S. 539 Erl. 3 zu § 1117), so ist auch hier zur Wirksamkeit der Vereinbarung nicht erforderlich, daß der Brief später von dem Grundbuchamte dem neuen Gläubiger ausgehändigt wird oder daß die beantragte Erteilung des neuen Briefes auch wirklich erfolgt (a. M. Seuff. A. 57 Nr. 78; Turnau-Förster I S. 725 Erl. 5).

Der Fall, daß der bisherige Gläubiger trotz der Eintragung eines Zessionars die Hypothek für sich in Anspruch nimmt, weil er den Brief noch nicht übergeben habe, liegt ähnlich wie der oben S. 539 Erl. 3 zu § 1117 erörterte Fall, daß der Eigentümer die Briefhypothek mangels Übergabe des Briefes an den ersten Gläubiger für sich beansprucht. Das dort Gesagte kommt daher hier zur entsprechenden Anwendung.

Während die GBO. § 60 ausdrücklich vorschreibt, daß bei der Bestellung der Briefhypothek der Brief von dem Grundbuchamte stets dem Eigentümer auszuhändigen ist, es sei denn, daß dieser in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde etwas anderes bestimmt hat, fehlt es an einer Vorschrift über die Person des Empfangsberechtigten für den Fall, daß der Brief zur Eintragung der Abtretung dem Grundbuchamt eingereicht ist. Da die Übergabe des Briefes entweder bereits erfolgt ist oder wenigstens vermutet wird, wenn der Erwerber im Besitz ist, wird diesem als dem jetzigen Gläubiger der Brief auszuhändigen sein, wenn er und nicht der bisherige Gläubiger ihn eingereicht hat; anderenfalls ist er dem letzteren zurückzugeben, sofern nichts anderes bestimmt ist (vgl. Achilles-Strecker, GBO. S. 308 Erl. 2 zu § 60; RG. 25 S. A 322, 28 S. A 88).

b) Neben der Übergabe des Briefes ist **Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form** erforderlich. Ein formloser Abtretungsvertrag genügt also nicht (vgl. die Begründung dieser Vorschrift in den M. III S. 749 unter α).

α) Die Schriftform ist nicht für den Abtretungsvertrag, sondern **nur für die Abtretungserklärung** des bisherigen Gläubigers vorgeschrieben. Die Annahmeerklärung kann formlos erfolgen. Sie ist aber nicht entbehrlich, da die Abtretung nach § 398 die im Wege des Vertrags erfolgende Übertragung einer Forderung ist (RJA. 6 S. 66). Auf diesen Vertrag finden die Vorschriften des allgemeinen Teiles über Verträge (§§ 145 ff.) Anwendung. Trotz der Ausstellung der schriftlichen Abtretungserklärung ist demnach der Abtretende nicht gebunden, wenn der neue Gläubiger den ihn von jenem gestellten Vertragsantrag nicht rechtzeitig annimmt (vgl. Fischer a. a. O. S. 262 Anm. 35). Die Annahme liegt aber begrifflich notwendig in der Übergabe und Annahme des Briefes und, da diese vermutet wird, wenn der neue Gläubiger im Besitze des Briefes ist, hat der letztere, sofern er den Brief besitzt, weder dem Grundbuchamte noch dem bisherigen Gläubiger noch Dritten gegenüber den Beweis der Annahme zu führen. Der Beweis der Zeit der Annahme kann aber unter Umständen erforderlich sein (vgl. RJA. 6 S. 66).

β) Für die Abtretungserklärung ist nur **Schriftlichkeit** vorgeschrieben. Eine öffentliche oder wenigstens eine öffentlich beglaubigte Urkunde ist zwar zur Legitimation des neuen Gläubigers vor dem Grundbuchamte, zur Erwirkung seiner eigenen Eintragung oder der von ihm bewilligten Eintragungen nach § 29, § 40 Abs. 2 der GBO. erforderlich; der neue Gläubiger bedarf ihrer auch zur Geltendmachung der Hypothek, zur Kündigung oder Mahnung nach näherer Vorschrift der §§ 1160, 1161 und der öffentliche Glaube des Grundbuchs kommt nach § 1155 nur demjenigen Zessionar zustatten, welcher von einem eingetragenen Gläubiger oder von einem durch eine fortlaufende Kette öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen legitimierten Gläubiger erwarb; aber zur Gültigkeit der Abtretung genügt eine privatschriftliche Abtretungserklärung. Hierin weicht das BGB. von dem E. I § 1112 Abs. 1 Satz 2 ab. Die Änderung beruht auf der Erwägung, daß es eine überflüssige Bevormundung der Beteiligten sei, wenn der Gesetzgeber ihnen unter allen Umständen die mit der öffentlichen Beglaubigung verbundenen Vorteile dadurch sichern wolle, daß er von der Beglaubigung die Wirksamkeit der Abtretung abhängig mache; daß ferner durch diese Regelung der Hypothekenverkehr in den Gebieten, in denen die Briefhypothek schon seit langer Zeit in Geltung und zu ihrer Abtretung eine schriftliche Abtretungserklärung erforderlich sei, wie in Preußen und Mecklenburg, in bedenklichem Maße erschwert und verteuert werden würde, ohne daß sich für diese Abänderung des geltenden Rechtes irgendein Bedürfnis herausgestellt hätte; daß die einfache schriftliche Abtretung im Verkehre namentlich in den Fällen der Beleihung von Hypotheken zur Befriedigung eines eiligen und vorübergehenden Geldbedürfnisses zur Vermeidung zweckloser Verteuerung und Verzögerung üblich sei; daß schließlich durch die jetzige Vorschrift das sehr unerwünschte Ergebnis vermieden würde, daß Mängel der Beglaubigung die Abtretung nichtig machten (vgl. P. II Bd. 3 S. 650 f.).

Damit jedoch der neue Gläubiger in der Lage ist, sich die zur vollen Geltendmachung der abgetretenen Forderung unentbehrliche beglaubigte Urkunde zu verschaffen, erklärt § 1154 Abs. 1 Satz 2 dem bisherigen Gläubiger auf das Verlangen des ersteren zu der öffentlichen Beglaubigung der Abtretungserklärung für verpflichtet, und zwar, abweichend von der Vorschrift des § 403, auf Kosten des bisherigen Gläubigers (vgl. P. II Bd. 3 S. 650). Diese Verpflichtung beruht, wie die des § 403 (Bd. II S. 277 Erl. 1 zu § 403), auf der Abtretung selbst, nicht auf dem zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisse. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung kann der neue Gläubiger nicht fordern; aber durch sie wird nach § 129 Abs. 2 die öffentliche Beglaubigung ersetzt.

Hinsichtlich der Erfordernisse der Schriftform kommen die Vorschriften des § 126 (Bd. I S. 228 ff.) und bezüglich der Erfordernisse der öffentlichen Beglaubigung die des § 129 (Bd. I S. 232 f.) und des FGG. §§ 167, 183, 191 in Betracht (vgl. über letztere Achilles-Strecker, GBO. S. 233 ff. Erl. 5 zu § 29). Sondervorschriften sind für die Abtretung der Hypotheken nicht getroffen; insbesondere ist nichts darüber bestimmt, ob die Abtretungserklärung auf den Hypothekenbrief zu setzen oder auf einem besonderen Blatte zu beurkunden ist (vgl. M. III S. 750); wenn auch der Brief durch die Abtretungserklärungen leicht seine Übersichtlichkeit einbüßen wird und deshalb nicht der geeignete Platz erscheint, so gewährt doch die Eintragung auf ihm nach § 1140 dem Erwerber Schutz gegen eine etwaige spätere Abtretung seitens des Zedenten.

γ) Die Abtretungserklärung muß den Namen des neuen Gläubigers enthalten; eine **Blankoabtretung** der Hypotheken sowohl als auch der Grundschulden, ist unzulässig. Dies ist allerdings in dem BGB. nicht besonders gesagt; es folgt aber daraus, daß die Abtretung einen Vertrag darstellt und regelmäßig nur bestimmte Personen miteinander kontrahieren können, daß demnach grundsätzlich jeder Vertragsantrag, dessen Schriftlichkeit gesetzlich gefordert ist, den

Namen des Antragsempfängers erkennen lassen muß. Daß dieses Ergebnis von dem Gesetzgeber auch gewollt ist, erhellt aus den Beratungen beider Komissionen (M. III S. 783 f.; P. II Bd. 3 S. 651 ff., 713 ff.); das bisher vor allem in Preußen (Eig.Erw.Ges. § 55) und Mecklenburg bestehende Institut der Blankozession der Grundschulden bzw. Hypotheken ist absichtlich nicht aufgenommen, weil die Nachteile und Gefahren, welche daraus entständen, die damit verknüpften Vorteile überwögen.

Da die vor dem Inkrafttreten des Reichsgrundbuchrechts bestellten Hypotheken und Grundschulden von diesem Zeitpunkt an als Hypotheken und Grundschulden im Sinne des BGB. gelten (EG. Art. 192, 195), ist auch bei ihnen eine Blankoabtretung nach dieser Zeit unzulässig. Dagegen bleibt derjenige, welcher vorher auf Grund einer Blankoabtretung die Hypothek oder Grundschuld erworben hat, Gläubiger; über den Nachweis seines Gläubigerrechts vgl. Bd. VI S. 395 Erl. 4 b zu Art. 195.

δ) Die schriftliche Abtretungserklärung hat der bisherige Gläubiger zu **erteilen**, d. h. auszustellen und dem neuen Gläubiger auszuhändigen (a. M. Fuchs S. 485 Erl. 4 γ, der Erteilung für identisch mit Ausstellung erklärt). Daneben hat der bisherige Gläubiger, wenn er nicht in das Grundbuch eingetragen ist, dem Zessionar auch diejenigen Urkunden auszuhändigen, aus denen sich sein Gläubigerrecht ergibt (vgl. §§ 402, 1160).

ε) Wie grundsätzlich jede Willenserklärung wird auch die Abtretungserklärung durch die **rechtskräftige Verurteilung** des bisherigen Gläubigers zu ihrer Abgabe ersetzt (CPO. § 894).

c) Einen Ersatz für die schriftliche Abtretungserklärung bildet ferner die **Eintragung der Abtretung** in das Grundbuch. Da diese Eintragung nach den Vorschriften der GBO. §§ 42, 62 nur erfolgen soll, wenn der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt wird, und von diesem auf dem Briefe zu vermerken ist, so erhält der neue Gläubiger mit dem Briefe, dessen Übergabe auch in diesem Falle zu der Abtretung erforderlich ist (vgl. Erl. 3 a. A.), zugleich eine öffentliche Urkunde über die erfolgte Abtretung und bedarf daher der schriftlichen Abtretungserklärung nicht (P. II Bd. 3 S. 648). Selbstverständlich hat nur die wirklich vollzogene Eintragung, nicht die bloße Abrede, daß diese stattfinden soll, die Kraft, die Abtretungserklärung zu ersetzen (RG. 54 S. 146). Daß das Wort Abtretung in dem Eintragungsvermerke gebraucht wird, ist nicht erforderlich, wenn nur erhellt, daß der Umschreibung auf den neuen Gläubiger eine Abtretung und nicht eine Übertragung kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung zugrunde liegt.

Aber auch wenn eine gehörige Abtretungserklärung vorliegt und der Übergang der Forderung sich ohne Eintragung vollzieht, bietet diese dem neuen Gläubiger Vorteile; er hat die Vermutung seines Gläubigerrechts für sich und braucht dieses bei der Geltendmachung der Hypothek, bei einer Kündigung oder Mahnung nicht zu beweisen (§ 1160); er ist gegen eine nochmalige Abtretung seitens des bisherigen Gläubigers auch für den Fall, daß diesem der Brief in die Hände kommen sollte, gesichert und erhält von dem Grundbuchamte von jeder sein Recht betreffenden Eintragung und von dem Vollstreckungsgerichte von den Terminen im Zwangsvollstreckungsverfahren Nachricht (GBO. § 55, ZVG. § 9 Nr. 1, §§ 41, 105).

Die Voraussetzungen der Eintragung der Abtretung einer Briefhypothek sind außer dem Antrage des bisherigen oder des neuen Gläubigers eine Eintragungsbewilligung des ersteren oder eine Abtretungserklärung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form und die Vorlage des Hypothekenbriefs (GBO. §§ 13, 19, 26, 42). Ist der bisherige Gläubiger nicht in das Grundbuch eingetragen, so muß dessen Gläubigerrecht nach § 1155 nachgewiesen werden (GBO. § 40 Abs. 2).

4. **Sind die Vorschriften des § 1154 bei einer Abtretung nicht beobachtet, so ist diese ohne Wirkung.** Derjenige, an welchen die Hypothekenforderung übertragen werden sollte, ist nicht Gläubiger geworden; dem Abtretenden steht die Forderung zu. Jener kann weder gegen den Eigentümer noch gegen den persönlichen Schuldner vorgehen, da die Abtretung der Forderung an die Formen des § 1154 gebunden ist, und zwar nicht nur „für die Hypothek" (vgl. § 1138), sondern auf Grund der Vorschrift des § 1153 uneingeschränkt. Wie nach außen, so ist auch nach innen, im Verhältnisse zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger eine den Vorschriften des § 1154 nicht entsprechende Abtretung ohne Wirkung (Hachenburg, Beiträge S. 114; für die abweichende Ansicht von Fischer a. a. O. S. 262 bietet das Gesetz keinen Anhalt). Der letztere kann nicht auf Grund des formlosen Abtretungsvertrags, sondern nur auf Grund des diesem zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäfts, des Zessionsgrundes, den Anspruch auf Beobachtung der Formen des § 1154 geltend machen. Dieses obligatorische Rechtsgeschäft unterliegt nicht den Vorschriften des § 1154 (RG. 54 S. 146).

5. Die Bestimmungen des § 1154 finden auch auf die **Abtretung eines Teiles einer Hypothekenforderung** Anwendung. Bei der Briefhypothek bedarf es demnach auch in diesem Falle neben der schriftlichen Abtretungserklärung oder der Eintragung der Abtretung der Übergabe des Hypothekenbriefs an den neuen Gläubiger. Nicht notwendig ist jedoch die Bildung eines Teilhypothekenbriefs, die Übergabe des über die ganze Post erteilten Briefes, insbesondere die Einräumung des Mitbesitzes an diesem genügt (vgl. oben S. 596 Erl. 3b zu § 1145; RG. 21 S. A 330; Rspr. 9 S. 314).

Die Vorschriften des § 1154 gelten ferner nicht nur für die Hypothek, sondern auch für die **Grundschuld und die Rentenschuld** und nicht nur für die Verkehrshypothek, sondern auch für die **Sicherungshypothek**, jedoch mit einigen **Ausnahmen**. Die Abtretung der Sicherungshypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber, aus Wechseln oder anderen indossabelen Papieren erfolgt nach § 1187 Satz 3 nach den für die Inhaber- und Orderpapiere maßgebenden Grundsätzen; eine durch eine Maximalhypothek gesicherte Forderung kann, jedoch nur ohne die Hypothek, nach den für die Übertragung der Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften abgetreten werden (§ 1190 Abs. 4) und eine Grundschuld, deren Brief auf den Inhaber gestellt ist, wird ebenfalls wie ein Inhaberpapier durch Übergabe des Briefes übertragen (§ 1195). Für alle Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden kommt ferner die Ausnahmebestimmung des § 1159 über die Übertragung der Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen sowie auf Erstattung von Kosten in Betracht. Keine Ausnahme gilt dagegen für die **Eigentümerhypotheken** und die **Eigentümergrundschulden** (s. Hirsch im Arch. f. Bürg. R. 25 S. 246; a. M. Freudenthal in JW. 1904 S. 602).

Umgekehrt wird die Anwendung der Vorschriften des § 1154 durch die Bestimmungen der §§ 1069, 1274, 1291 erweitert, nach welchen die **Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts** an einer Hypothekenforderung, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld nach den für deren Übertragung geltenden Vorschriften erfolgt. Für die Verpfändung einer Briefhypothek gilt nur das Besondere, daß auf die Übergabe des Briefes nicht die Vorschriften des § 1117 Abs. 1 Satz 2, sondern die Bestimmungen der §§ 1205, 1206 Anwendung finden, nach welchen ein Besitzkonstitut nie und die Abtretung des Herausgabeanspruchs nur ausnahmsweise genügt (§ 1274 Abs. 1 Satz 2; Rspr. 7 S. 42). An die Stelle der Abtretungserklärung tritt hier die Erklärung des Gläubigers, daß er die Forderung mit dem Nießbrauche belaste oder verpfände (RG. in Gruch. 49 S. 97; Rspr. 8 S. 318). Die schriftliche Verpfändungserklärung wird auch die gesicherte Forderung des Pfandgläubigers enthalten müssen. Statt der Verpfändung findet in der Praxis häufig die Abtretung der Hypothekenforderung zu Sicherungszwecken statt. Durch sie geht die Hypothek auf den Erwerber über (vgl. CBl. f. FG. 4 S. 718); letzterer ist aber verpflichtet, die Hypothekenforderung nach Tilgung der Forderung, zu deren Sicherung die Abtretung erfolgt ist, dem Zedenten zurückzuübertragen, und darf ohne dessen Zustimmung nicht mehr anderweit über sie verfügen. Tritt er sie trotz der Tilgung der gesicherten Forderung einem Dritten ab, so kann der Eigentümer hierauf eine Einrede dem Dritten gegenüber stützen, sofern dieser nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist (s. RG. in JW. 1901 S. 181). Nach RG. 59 S. 190 begründet die Abtretung zur Sicherung ein Treuverhältnis und verpflichtet den Zessionar, das Interesse des Zedenten wahrzunehmen, insbesondere bei einer Zwangsversteigerung dafür zu sorgen, daß das Grundstück zu einem angemessenen Preise zugeschlagen wird; der Zessionar darf die durch die Zession erlangte formale Rechtsstellung nicht dazu benutzen, das Grundstück weit unter seinem Werte an sich zu bringen und dadurch den Zedenten zu schädigen, sondern muß den seine gesicherte Forderung übersteigenden Wertbetrag nach § 667 an den Zedenten herausgeben.

Der § 1154 findet nur auf eine **rechtsgeschäftliche** Übertragung oder Belastung, nicht auf eine solche kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung Anwendung.

6. Ähnliche Formen, wie § 1154 für die Abtretung, schreibt die CPO. §§ 830, 837, § 857 Abs. 6 für die **Pfändung und Überweisung** einer Hypothekenforderung, einer Grundschuld oder Rentenschuld vor. Zur Pfändung ist außer dem Erlasse des Pfändungsbeschlusses bei Buchhypotheken die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch und bei Briefhypotheken die Übergabe des Briefes an den Gläubiger oder dessen Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher zwecks Ablieferung an jenen erforderlich; die Übergabe des Briefes erübrigt sich jedoch, wenn der Gläubiger ihn bereits besitzt (Rspr. 9 S. 128). Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe des Briefes erfolgt auf Grund des Pfändungsbeschlusses; dieser bildet den vollstreckbaren Schuldtitel für die Vollstreckung nicht nur aus Abs. 1, sondern auch aus Abs. 2 des § 883

§. 1155. Ergiebt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§. 891 bis 899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Ueberweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung.

---

der CPO. (s. auch Rspr. 11 S. 112). Die Eintragung der Pfändung erfolgt auf Grund des Pfändungsbeschlusses. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses ist zur Gültigkeit der Pfändung nicht erforderlich und bildet auch keine Voraussetzung der Eintragung; erfolgt sie an den Drittschuldner vor der Eintragung der Pfändung oder der Übergabe des Briefes, so gilt die Pfändung dem Drittschuldner gegenüber mit der Zustellung als bewirkt (CPO. § 830).

Zur Überweisung einer gepfändeten Hypothekenforderung, Grundschuld oder Rentenschuld genügt bei Briefhypotheken rc. die Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an den Gläubiger. Bei Buchhypotheken rc. ist diese nur zur Überweisung zur Einziehung genügend; zur Überweisung an Zahlungsstatt ist die Eintragung der Überweisung in das Grundbuch erforderlich, welche auf Grund des Überweisungsbeschlusses erfolgt (CPO. § 837). Die Eintragung der Überweisung zur Einziehung ist unzulässig.

Auch diese Bestimmungen gelten nicht in den in Erl. 5 Abs. 2 erwähnten Ausnahmefällen (CPO. § 830 Abs. 3, § 837 Abs. 2, 3; vgl. Achilles-Strecker, GBO. S. 114ff.; Fuchs S. 488ff.). Über ihre Anwendbarkeit auf Eigentümerhypotheken s. Erl. 5 zu § 1177.

§ 1155.

E. I § 1114; II § 1062 rev. § 1139; III § 1138. P. 1 S. 5285ff., 5314f., 5470f., 6242, 6243; M. III S. 751ff. P. II Bd. 3 S. 654ff.; Bd. 6 S. 249f., 267f.

Dronke im CBl. f. FG. 1 S. 955ff.; Rambohr in Gruch. 44 S. 371f.; Schweitzer das. 45 S. 558ff.; Brachvogel das. 49 S. 305ff.; Wolff im Recht 1903 S. 7ff.

1. Erweiterung des Schutzes des öffentlichen Glaubens für Briefhypotheken. Auf Grund der allgemeinen Vorschriften des BGB. über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gilt zugunsten des Erwerbers einer Hypothek nur der Inhalt des Grundbuchs als richtig, so daß er sich nur darauf verlassen kann, daß die Hypothekenforderung dem eingetragenen Gläubiger bis zu ihrer Übertragung auf dessen Nachmann zugestanden hat. Demnach würden in Ermangelung einer Sonderschrift dem Erwerber einer Briefhypothek, der diese nicht von dem eingetragenen Gläubiger, sondern von einem seiner Rechtsnachfolger abgetreten erhalten hat, Mängel in dem „subjektiven Gläubigerrechte“ (Fuchs) seiner nicht eingetragenen Vormänner entgegenstehen, auch wenn sie ihm nicht bekannt waren. Dieses Ergebnis ist mit dem Zwecke des Hypothekenbriefs unvereinbar; die Verkehrsfähigkeit des Hypothekenrechts wird durch das Institut der Briefhypothek nur dann gefördert, wenn der Erwerber, welchem die Hypothek von einem nicht eingetragenen, aber durch den Besitz des Briefes und durch öffentlich beglaubigte Erwerbsurkunden legitimierten Gläubiger abgetreten wird, genau so sichergestellt ist, wie wenn sein Rechtsurheber in das Grundbuch eingetragen wäre. Deshalb haben die Vorschriften der §§ 891—899 für die Briefhypothek durch § 1155 eine Ausdehnung erfahren (vgl. M. III. S. 751ff.).

Durch § 1155 wird der Schutz des öffentlichen Glaubens nur erweitert, nicht eingeschränkt. Der nicht gemäß § 1155 legitimierte und nicht eingetragene Erwerber der Briefhypothek hat also zwar nicht die Rechtsvermutung für sich, daß ihm die Hypothek zustehe, und ein Rechtsnachfolger desselben kann sich, wenn die Gläubigereigenschaft seines Rechtsvorgängers bemängelt wird, nicht auf seinen guten Glauben berufen; wohl aber finden auch zu seinen Gunsten die Vorschriften der §§ 891—899, 1138, 1157 Anwendung. Auch ein nicht gemäß § 1155 legitimierter Erwerber der Hypothek kann also die Rechtsvermutung des § 891 für das Fortbestehen des eingetragenen Hypothekenrechts, aber nicht für die Person des nicht eingetragenen Gläubigers in Anspruch nehmen und zugunsten dessen, der von ihm durch Rechtsgeschäft die Hypothek oder ein Recht an der Hypothek erwirbt, gilt, von der Person des Gläubigers abgesehen, der Inhalt des Grundbuchs als richtig; auch ihm können daher keine Einwendungen gegen die Rechtsbeständigkeit des

dinglichen Rechtes oder aus einem Rechtsverhältnisse zwischen dem Schuldner oder dem Eigentümer und einem früheren Gläubiger entgegengehalten werden, soweit dieses nach den Vorschriften der §§ 892, 1138, 1140, 1157 unzulässig ist (a. M. Hachenburg, Vorträge S. 590, z. B. hinsichtlich der Einrede der Stundung). Aber darin steht er hinter dem gemäß § 1155 legitimierten oder dem eingetragenen Besitzer zurück, daß ihm stets troß seines guten Glaubens entgegnet werden kann, sein Rechtsvorgänger sei zur Verfügung über die Hypothek nicht berechtigt gewesen und infolgedessen diese nicht auf ihn übergegangen. Daher ist auch der Einwand der Zahlung unbeschränkt zulässig; denn letztere führt nicht den Untergang der Hypothek herbei, sondern ihren Übergang auf den Eigentümer oder auf den persönlichen Schuldner oder auf einen Dritten (vgl. Hachenburg, Vorträge S. 590; Fuchs S. 496 f. Erl. 6; Predari S. 237; a. M. hinsichtlich der Einrede der Zahlung P. II Bd. 6 S. 267 f.).

2. **Die Voraussetzungen** für die Anwendung des § 1155 sind

a) der Besitz des Briefes. Nur der Besitzer des Hypothekenbriefs wird hinsichtlich der Vorschriften der §§ 891—899 dem eingetragenen Gläubiger gleichgestellt. Diese Voraussetzung ist selbstverständlich, da zur Abtretung der Briefhypothek stets die Übergabe des Briefes nach § 1154 Abs. 1 erforderlich ist und nur der Besitz desselben Gewähr dafür bietet, daß nicht bereits anderweit über die Briefhypothekenforderung verfügt ist. Erforderlich ist Eigenbesitz, aber mittelbarer Besitz genügt.

Nicht gefordert ist der Nachweis, daß der Besitzer den Brief von seinem Vormann übergeben erhalten hat, da dies nach § 1154 Abs. 1 Satz 1, § 1117 Abs. 3 vermutet wird; wird diese Vermutung gegenbeweislich widerlegt, so steht fest, daß der jetzige Besitzer nicht Gläubiger ist und daß daher die Vorschriften des § 1155 zu seinen Gunsten nicht herangezogen werden können. Nicht gefordert ist ferner der Nachweis, daß auch die Vormänner in dem Besitze des Briefes sich befunden haben. Allerdings ist, da zur Abtretung die Übergabe des Briefes erforderlich ist, streng genommen zur Legitimation des Gläubigers der Beweis zu erbringen, daß der Brief regelmäßig bei der Abtretung von einem Vormann dem anderen übergeben worden sei; da dieser Beweis aber praktisch zu den größten Schwierigkeiten führen würde, sieht das Gesetz absichtlich davon ab. Der Mangel der Übergabe an einen Vormann kann demnach demjenigen Erwerber nicht entgegengehalten werden, welcher ihn bei dem Erwerbe der Hypothekenforderung nicht gekannt hat, und da der gutgläubige Erwerber zugunsten eines Dritten troß dessen Kenntnis des Mangels wirksam verfügen kann (vgl. oben S. 140 Erl. III 1 zu § 892), wird der Mangel der Übergabe völlig geheilt, sobald der Brief an einen in dieser Hinsicht gutgläubigen, gehörig legitimierten Erwerber gelangt ist (vgl. M. III S. 752 unten a; P. II Bd. 3 S. 657).

b) Das Gläubigerrecht des Besitzers des Briefes muß sich ferner aus einer **zusammenhängenden auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen** ergeben; diesen sind gerichtliche Überweisungsbeschlüsse oder öffentlich beglaubigte Anerkenntnisse von Übertragungen kraft Gesetzes gleichgestellt.

α) Das Erfordernis der **öffentlichen Beglaubigung** der Abtretungserklärungen ist, obwohl zur Übertragung nach § 1154 Abs. 1 die Schriftform genügt, aufgestellt, um eine erhöhte Garantie dafür zu schaffen, daß regelmäßig bei der Abtretung seitens der Vormänner auch der Brief übergeben worden sei und daß wirklich eine gültige Zession stattgefunden habe, sowie um für den Gläubiger die Gefahr zu verringern, sein Recht dadurch zu verlieren, daß ein redlicher Dritter auf Grund einer gefälschten Abtretungserklärung im Falle einer Entwendung des Briefes die Hypothek erwirbt (vgl. P. II Bd. 3 S. 651, 657). Die öffentliche Beglaubigung wird nach § 129 Abs. 2 durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt und ist insbesondere auch bei Abtretungserklärungen, die von öffentlichen Behörden in eigenen Angelegenheiten in gehöriger Form ausgestellt und nach dem maßgebenden Reichs- oder Landesrecht als öffentliche Urkunden anzusehen sind, nicht erforderlich.

Wer lediglich durch eine privatschriftliche Abtretungserklärung und durch Übergabe des Briefes eine Hypothekenforderung erworben hat, steht demnach einem eingetragenen Gläubiger nicht gleich; für sein Gläubigerrecht streitet keine Rechtsvermutung und sein Rechtsnachfolger kann sich nicht darauf verlassen, daß jener auch wirklich Gläubiger ist, wenn er ihn auch dafür gehalten hat.

Wird die Beglaubigung der einen Vormann legitimierenden Abtretungserklärung nachträglich bewirkt, so tritt der Schutz des öffentlichen Glaubens nunmehr nachträglich ein, vorausgesetzt, daß der Erwerber nicht in der Zwischenzeit Kenntnis von einem Mangel in dem Rechte des

Vormanns oder dessen Nachfolger erlangt hat (vgl. Erl. 3 b; **Hachenburg**, Vorträge S. 591, abw. Beiträge S. 107).

β) Unter dem der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleichgestellten **gerichtlichen Überweisungsbeschluß** ist ein Beschluß des Vollstreckungsgerichts zu verstehen, durch welchen die gepfändete Hypothekenforderung dem Pfändungspfandgläubiger an Zahlungsstatt zum Nennwert überwiesen wird (vgl. CPO. § 835 Abs. 2 und oben S. 616 Erl. 6 zu § 1154). Eine Überweisung zur Einziehung steht nicht gleich, da diese nicht, wie die Überweisung an Zahlungsstatt, die Forderung überträgt, sondern den Pfändungspfandgläubiger nur zur Einziehung der Forderung seines Schuldners berechtigt (vgl. **Struckmann-Koch** 8. Aufl. II S. 293 ff. Erl. 3—5 zu § 835; **Predari** S. 238 Anm. 18).

Die Gleichstellung des Überweisungsbeschlusses mit der Abtretungserklärung ist aber nicht dahin zu verstehen, daß der Gläubiger, dem die Hypothekenforderung überwiesen ist, sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und der seinen Schuldner gemäß § 1155 legitimierenden Urkunden berufen kann, sondern nur, daß sein Rechtsnachfolger, dem er die überwiesene Hypothekenforderung abtritt oder ein Recht an dieser einräumt, dieses Schutzes teilhaftig wird; er selbst wird nicht geschützt, weil er nicht durch Rechtsgeschäft erwirbt (vgl. oben S. 136 f. Erl. II 1 d zu § 892 und P. II Bd. 3 S. 658).

γ) Die weitere Vorschrift, welche der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung auch ein **öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung** der Hypothekenforderung gleichstellt, gibt zu vielen Zweifeln Veranlassung.

Zunächst fragt es sich, welche **Fälle des Überganges der Hypothek kraft Gesetzes** hierher gehören, ob nur diejenigen, in denen die Forderung nebst der Hypothek auf einen neuen Gläubiger übertragen wird, oder auch die des gesetzlichen Überganges der Hypothek ohne die Forderung. Wenn auch das Gesetz nur von einer Übertragung der Forderung spricht, so ist die Vorschrift des § 1155 doch auch auf die Fälle des Überganges des bloßen Hypothekenrechts anzuwenden, da sie nach § 1192 auch auf die Grundschuld entsprechende Anwendung findet; die Fassung des Gesetzes ist nur mit Rücksicht auf die aus § 1153 erhellende Regel gewählt (so die herrschende Meinung, z. B. **Dronke** a. a. O. S. 957 ff., **Bollenbeck** in Z. d. DNotVer. 1901 S. 44, **Oberneck** ebd. 1903 S. 155 f., **Predari** S. 239; a. M. **Güthe** im Recht 1901 S. 219). Auch die Fälle, in denen die Hypothek von vornherein nicht dem eingetragenen Gläubiger, sondern dem Eigentümer zusteht (§ 1163 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2), wird man als eine kraft Gesetzes erfolgte Übertragung der Hypothek von dem eingetragenen Gläubiger auf den Eigentümer im Sinne des § 1155 Satz 2 ansehen oder diese Vorschrift wenigstens auf sie analog anwenden dürfen (**Dronke** a. a. O. S. 961 und **Oberneck** a. a. O.). Demnach gehören hierher alle die oben S. 589 Erl. 1 zu § 1143, S. 610 Erl. 3 zu § 1153 sowie S. 512 f. Vorbm. 2 e und S. 515 Vorbm. 2 f erwähnten Fälle, in denen die Hypothek, sei es mit oder ohne Forderung, sei es als Hypothek oder Grundschuld, von dem bisherigen Gläubiger auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten kraft Gesetzes übergeht oder von vornherein dem Eigentümer zusteht. **Dronke** a. a. O. S. 957, **Fuchs** S. 496 Erl. 3 c, **Biermann** S. 359 Erl. 1 c, **Boehm** S. 225 Erl. 2 nehmen den Fall des **Verzichts** auf die Hypothek seitens des Gläubigers aus, weil zu diesem die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist (§ 1168 Abs. 2). Indessen da zur Gültigkeit des Verzichts nur dessen Eintragung, nicht die des Eigentümers als des nunmehrigen Gläubigers erforderlich ist, kann dieser infolge des eingetragenen Verzichts Gläubiger geworden sein, ohne daß er als solcher eingetragen ist; es bleibt daher auch für diesen Fall Raum für die Anwendung des § 1155. Ebenso unrichtig ist die Ansicht von **Dronke** a. a. O. S. 958, daß die Anwendbarkeit des § 1155 wegen des Erfordernisses der Eintragung nicht in Frage kommen könne, wenn der Eigentümer die auf ihn ohne die Forderung, also als Grundschuld übergegangene Hypothek nicht als Grundschuld, sondern unter Einschiebung einer neuen Forderung als Hypothek abtrete; denn nicht die Abtretung, sondern nur die Umwandelung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek bedarf der Eintragung; freilich wird mit dieser Eintragung die des neuen Gläubigers regelmäßig verbunden werden.

In diesen Fällen soll das öffentlich beglaubigte **Anerkenntnis der kraft Gesetzes erfolgten Übertragung** der Abtretungserklärung gleichstehen. Nach diesem Wortlaute des Gesetzes genügt nicht jeder urkundliche Nachweis derjenigen juristischen Tatsachen, aus denen die Übertragung kraft Gesetzes folgt. Denn das BGB. gebraucht den Ausdruck Anerkenntnis in dem Sinne einer auf das Bestehen oder das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichteten Willenserklärung; es unterscheidet z. B. zwischen einer Quittung und einem Anerkenntnisse, daß die Schuld erloschen

sei (vgl. §§ 368, 371, Bd. II S. 223ff. Erl. 5 zu § 368, S. 229 Erl. 3 zu § 371; s. auch § 208, Bd. I S. 351f. Erl. 2 zu § 208; § 397, Abs. 2, Bd. II S. 266ff. Erl. 3 u. 6 zu § 397; § 408 Abs. 2, Bd. II S. 285 Erl. 2 zu § 408; P. II Bd. 2 S. 490ff.). Demnach ist auch hier unter dem Anerkenntnisse nur eine rechtsgeschäftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers zu verstehen, daß die Hypothek nicht mehr ihm, sondern dem Eigentümer, persönlichen Schuldner ꝛc. zustehe; Gegenstand der Anerkennung bildet also, wie schon aus dem Wortlaute des § 1155 Satz 2 erhellt, nicht die Tatsache, an die das Gesetz den Übergang knüpft, sondern dieser Übergang selbst (vgl. RG. 25 S. A 159, 27 S. A 125; Rspr. 10 S. 94).

Diese Bedeutung des Wortes „Anerkenntnis" verkennt Schweitzer (in Gruch. 45 S. 558ff.) nicht; er will aber trotzdem den § 1155 auch zur Anwendung bringen, wenn diejenigen Tatsachen urkundlich nachgewiesen sind, welche den Übergang der Hypothek kraft Gesetzes bewirken. Er beruft sich hierfür vor allem auf den Wortlaut der M. III S. 752, welche in der Tat auf dem Standpunkte zu stehen scheinen, daß die Anwendung der dem § 1155 entsprechenden Vorschrift des E. I § 1114, welcher nur die Abtretungserklärungen und Überweisungsbeschlüsse nennt, auf die den gesetzlichen Übergang beweisenden Urkunden selbstverständlich sei. Daß auf Grund eines Beschlusses der zweiten Kommission, für den in den Materialien (P. II Bd. 3 S. 658) keine besonderen Gründe angeführt sind, das Anerkenntnis in dem Gesetz ausdrücklich hervorgehoben ist, soll nach Schweitzer nur den Zweck haben, festzusetzen, daß es nicht des Nachweises des Anerkenntnisvertrags, sondern nur des einseitigen Anerkenntnisses bedarf und daß dieses durch öffentlich beglaubigte Urkunden zu beweisen ist. Indessen, wenn diese Ausdehnung des § 1155 über seinen Wortlaut hinaus auch einem großen praktischen Bedürfnis entspricht, namentlich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 40 der GBO., die — von den Erben des eingetragenen Gläubigers abgesehen (§ 41) — nur den gemäß § 1155 legitimierten Besitzer des Briefes von dem Erfordernisse der vorgängigen Eintragung vor einer sein Recht betreffenden Eintragung entbindet, so kann sie gegenüber dem Wortlaute des Gesetzes doch nicht als richtig anerkannt werden, da zu der Ausdehnung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf das subjektive Gläubigerrecht eines nicht eingetragenen Berechtigten auch in dem Falle, daß dieser kraft Gesetzes erworben hat, eine besondere Vorschrift erforderlich und die Absicht des Gesetzgebers nicht genügend ist. Deshalb wird man nur ein öffentlich beglaubigtes rechtsgeschäftliches Anerkenntnis des kraft Gesetzes erfolgten Überganges der Forderung oder der Hypothek und nicht den urkundlichen Nachweis der diesen Übergang ergebenden Tatsachen hierher rechnen dürfen (a. M. außer Schweitzer Predari S. 239, Brachvogel a. a. O.). Demnach stellt eine Quittung des Gläubigers oder dessen Anerkenntnis, daß die Schuld erloschen sei (§ 371 Satz 2), sowie eine Löschungsbewilligung den Eigentümer, der infolge der Befriedigung des Gläubigers die Hypothek erworben hat, hinsichtlich der Vorschriften der §§ 891—899 dem eingetragenen Gläubiger nicht gleich (vgl. Dronke a. a. O. S. 960f., anderseits Brachvogel a. a. O. S. 321ff., Willenbücher S. 201; Turnau-Förster I S. 728 Erl. 4). Auch der Vermerk auf dem Hypothekenbriefe, daß der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek in das Grundbuch eingetragen ist, ersetzt das Anerkenntnis nicht. Ebenso ist ein Erbschein oder eine letztwillige Verfügung, durch die der Abtretende sich als Erbe des bisherigen Gläubigers legitimiert, kein Anerkenntnis, obwohl Schweitzer (a. a. O. S. 576) darin beizutreten ist, daß es dem Verkehrsbedürfnisse widerspricht, die Reihe der Abtretungserklärungen durch einen Erbfall für unterbrochen zu erklären (übereinstimmend RG. 25 S. A 159, 303, 26 S. A 151, 27 S. A 125; Rspr. 10 S. 94; Meyer in Bl. f. RAnw. 1905 S. 163; a. M. in dem letzten Punkte auch Wolff im Recht 1903 S. 7, Oberneck I S. 187 und in Z. d. DNotVer. 1903 S. 156ff., Turnau-Förster a. a. O.; Staudinger III S. 456 Erl. V).

Auszustellen ist das Anerkenntnis stets von dem bisherigen Gläubiger, auch in den Fällen, in denen der Übergang seines Rechtes an weitere Voraussetzungen als an seine Befriedigung geknüpft ist, z. B. an das Vorhandensein eines Ersatzanspruchs des ihn Befriedigenden (vgl. § 426 Abs. 2, § 774 Abs. 2, §§ 1164, 1173, 1174, 1182). Wenn man dies nicht zugeben, sondern mit Boehm S. 225f. in diesen Fällen ein Anerkenntnis des bisherigen Gläubigers und des Regreßpflichtigen fordern will, so darf man sich folgerecht nie mit einem Anerkenntnisse des ersteren allein begnügen, sondern muß mit Schweitzer (a. a. O. S. 566f.) stets die Anerkennung oder den Nachweis der den Übergang rechtfertigenden Tatsachen fordern, damit in dem einzelnen Falle festgestellt werden kann, ob das Anerkenntnis allein genügt oder nicht. Allerdings kann bei Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht der nicht regreßpflichtige Eigentümer Gefahr laufen, daß der den Gläubiger befriedigende persönliche Schuldner auf Grund eines solchen Anerkenntnisses des Gläubigers die Hypothek an einen gutgläubigen Erwerber

abtritt und ihm dadurch seine Einwendungen abschneidet. Aber dieser Gefahr ist er auch ausgesetzt, wenn der Gläubiger eine Abtretungserklärung zugunsten des ihn befriedigenden Schuldners ausstellt; und die Wahrscheinlichkeit, daß der Gläubiger dieses tun wird, ist nicht geringer, als daß er das Anerkenntnis erteilen wird; ein vorsichtiger Gläubiger wird auch das letztere nur ausstellen, wenn an dem Regreßrechte des Schuldners kein Zweifel besteht. Man wird als Sinn der Vorschrift ansehen dürfen, daß der dritte Erwerber sich auf ein Anerkenntnis eines früheren Gläubigers mit derselben Sicherheit verlassen darf, als auf dessen Abtretungserklärung, ohne zur Prüfung ihrer materiellen Richtigkeit verpflichtet zu sein.

Das Erfordernis der öffentlichen Beglaubigung gilt für das Anerkenntnis in gleicher Weise wie für die Abtretungserklärung (vgl. S. 617 Erl. 2bα).

δ) Die Abtretungserklärung und das Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung werden nach § 894 der CPO. durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt, das den bisherigen Gläubiger zu deren Abgabe verurteilt. Zur Ausstellung des Anerkenntnisses ist der bisherige Gläubiger in den Fällen des Überganges kraft Gesetzes auf Grund der §§ 410, 412, 413, 1144, 1145, 1160 verpflichtet (vgl. Bd. II S. 291 Erl. 6 zu § 410).

ε) Schließlich ist **eine zusammenhängende, auf einem eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe** der unter α bis δ erwähnten Urkunden erforderlich; insbesondere müssen sämtliche in dieser Reihe befindliche Abtretungserklärungen oder Anerkenntnisse kraft Gesetzes erfolgter Übertragungen öffentlich beglaubigt sein, damit der Besitzer des Briefes wie ein eingetragener Gläubiger behandelt werden kann. Zweifelhaft ist, wie das Verhältnis beurteilt werden muß, wenn eine einzelne Abtretungsurkunde nicht beglaubigt ist. Von den Vormännern des derzeitigen Besitzers des Hypothekenbriefs ist das subjektive Recht der ersten Vormänner A, B, C durch beglaubigte Abtretungsurkunden, die auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen, bewiesen. C hat die Forderung an D abgetreten; die Abtretungsurkunde ist aber nicht beglaubigt. D hat mittels beglaubigter Abtretungserklärung die Forderung an E abgetreten. Von diesem will F erwerben. Kann sich F, wenn E im Besitze des Hypothekenbriefs ist, überhaupt nicht auf die Vorschrift des § 1155 berufen oder inwieweit kann er es? Nach seinem Wortlaute würde der § 1155 unmittelbar keine Anwendung finden, denn E, der Besitzer des Briefes, ist, da die Abtretungserklärung zugunsten des D nicht beglaubigt ist, nicht durch eine auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende zusammenhängende Reihe von beglaubigten Abtretungserklärungen legitimiert. Hiernach würde F, wenn er von E erwirbt, allen Einwendungen gegen das subjektive Recht seiner Vormänner ausgesetzt sein. Dieses Ergebnis erscheint auffallend in betreff der Vormänner A, B und C. D, welcher von C erwarb, konnte sich unzweifelhaft auf die Regel des § 1155 berufen; zu seinen Gunsten wurde C wie ein eingetragener Gläubiger betrachtet. Wenn D nun seine Forderung an E abtrat, so übertrug er an diesen doch die Rechtsstellung, welche er hatte. E konnte, weil die zugunsten des D ausgestellte Abtretungsurkunde nicht beglaubigt war, sich nicht darauf verlassen, daß die Übertragung an D rechtsgültig erfolgt war und daß D zur Zeit der Abtretung an E sein Recht nicht aufgegeben oder sonst verloren hatte. Dagegen ist nicht abzusehen, weshalb er nicht ebenso wie sein Vormann D auf das subjektive Recht der Vormänner A, B, C sich sollte verlassen dürfen. Man wird daher den § 1155 dahin auslegen müssen, daß, soweit D sich auf das subjektive Recht seiner Vormänner verlassen konnte, dasselbe Recht auch jedem späteren Erwerber zusteht. F kann daher in dem Beispielsfalle zum Zwecke des ihm an sich obliegenden Beweises der Legitimation seiner Vormänner sich in Beziehung auf A, B und C ebensogut auf die Regel des § 1155 berufen, wie D dies gekonnt hätte. In Frage kann kommen, ob man nicht noch weiterzugehen und als den dem § 1155 zugrunde liegenden Gedanken den Satz anzusehen hat, daß die Beglaubigung der Abtretungserklärung zugunsten des späteren Erwerbers den Übergang des Rechtes in derselben Art feststellt, wie dies durch die Eintragung im Grundbuche geschehen würde. Hiernach würde in dem Beispielsfalle F sich auch in betreff der von D an E erfolgten Übertragung auf § 1155 berufen können. Dafür, daß dies die Auffassung der zweiten Kommission gewesen, kann man sich vielleicht auf einen Satz in P. II Bd. 6 S. 267 f. berufen. Diese Stelle der Protokolle ist indessen, wenn man sie im Zusammenhang, insbesondere mit der nachfolgenden Begründung des fraglichen Satzes betrachtet, so wenig klar, daß man auf sie entscheidendes Gewicht nicht legen kann. Der Wortlaut des § 1155 aber läßt sich mit dieser Auffassung schwerlich vereinigen und es dürfte bedenklich sein, als die Absicht des Gesetzes einen so allgemeinen und einschneidenden Satz wie den hervorgehobenen anzunehmen, während der Wortlaut des Gesetzes einen weit beschränkteren Inhalt hat (vgl. Hachenburg, Vorträge S. 589 f.; a. M. Fuchs S. 494 Erl. 3; Ramdohr in Gruch. 44 S. 371 f.).

Das in dem bisherigen in betreff der beglaubigten Abtretungserklärung Gesagte gilt selbstverständlich auch in betreff der Überweisungen und der Anerkenntnisse des gesetzlichen Überganges.

Überhaupt keinen Einfluß hat die Unterbrechung der Reihe auf das Recht des Erwerbers, sich auf die Richtigkeit des Grundbuchs, von der Person des Gläubigers abgesehen, zu berufen (vgl. S. 616f. Erl. 1 Abs. 2).

Darüber, daß die Reihe nicht unterbrochen ist, wenn die unter ihrem Mädchennamen eingetragene Gläubigerin unter ihrem Witwennamen mit Hinzufügung ihres Geburtsnamens abgetreten hat, vgl. Rspr. 8 S. 140.

3. Bedeutung der Anwendung der §§ 891—899. Der nach dem Vorstehenden gehörig legitimierte Besitzer des Briefes steht hinsichtlich der Bestimmungen der §§ 891—899 einem eingetragenen Gläubiger gleich. Daraus ergibt sich folgendes:

a) Nach **§ 891** streitet eine Rechtsvermutung dafür, daß ihm die Hypothek zustehe (vgl. oben S. 131f. Erl. zu § 891).

b) Zugunsten desjenigen, welcher von ihm die Hypothek oder ein Recht an ihr durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt er nach **§§ 892, 1140** als Gläubiger, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen sein Gläubigerrecht in das Grundbuch eingetragen oder auf dem Briefe vermerkt, oder daß der Mangel seines Rechtes dem Erwerber bekannt ist oder sich aus dem Briefe oder aus einem Vermerk auf diesem oder auch aus den Übertragungsurkunden (Abtretungserklärungen, Überweisungsbeschlüssen, Anerkenntnissen) ergibt. Auch Verfügungsbeschränkungen des Vormanns wirken nur unter den gleichen Voraussetzungen gegen den Erwerber. Daß auch ein aus den Übertragungsurkunden ersichtlicher Mangel zu beachten ist, folgt ohne weiteres aus der Vorschrift des § 1155, welche den öffentlichen Glauben nur für den Fall ausdehnt, daß der Gläubiger durch die Übertragungsurkunden gehörig legitimiert ist, deren Prüfung also dem Erwerber zur Pflicht macht.

Für die Kenntnis des Erwerbers ist der Zeitpunkt seines Erwerbes maßgebend, also der Zeitpunkt der Übergabe des Briefes, wenn diese der Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung nachfolgt, dagegen der Zeitpunkt der Erteilung der Abtretungserklärung, wenn die Übergabe vorausgeht (so jetzt auch Hachenburg, Vorträge S. 591, anders 1. Aufl. S. 309). Streit besteht aber noch über die Frage, ob der zu der angegebenen Zeit gutgläubige, aber nur durch eine privatschriftliche Abtretungserklärung erwerbende Zessionar sich auf seinen guten Glauben auch dann berufen kann, wenn er vor der Nachholung der öffentlichen Beglaubigung der Abtretungserklärung einen Mangel im Rechte seines gemäß § 1155 legitimierten unmittelbaren Rechtsvorgängers erfährt. Diese Frage ist zu bejahen. Nur für die Legitimation des Abtretenden und seiner Vormänner ist die öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben; ist der Abtretende gehörig gemäß § 1155 legitimiert, so gilt er zugunsten des Erwerbers als eingetragen, auch wenn dieser nur durch privatschriftliche Abtretungserklärung erwirbt. Überträgt der letztere aber die Hypothek weiter oder belastet er sie, so wird sein Rechtsnachfolger nur geschützt, wenn die Beglaubigung jener Abtretungserklärung, durch die sein Vormann legitimiert wird, nachgeholt ist (vgl. Schweitzer a. a. O. S. 574; Predari S. 240; a. M. Fuchs S. 497f.; Hachenburg a. a. O. und Dernburg III S. 634 § 233 Nr. II 3). Über die Nachholung der Beglaubigung einer früheren Abtretungserklärung vgl. S. 617 Erl. 2bα.

Im übrigen vgl. oben S. 133ff. die Erl. zu § 892. Daß auch bei der Briefhypothek sich der Schutz durch den öffentlichen Glauben nur auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb beschränkt und zugunsten dessen, welcher kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung die Hypothek oder ein Recht an ihr von dem gemäß § 1155 legitimierten Besitzer des Briefes erworben hat, keine Anwendung findet, ist oben S. 618 Erl. 2bβ bereits erwähnt.

c) Nach **§ 893** finden die Vorschriften über den Schutz durch den öffentlichen Glauben auch Anwendung, wenn an den gemäß § 1155 legitimierten Besitzer des Briefes auf Grund der Hypothek eine Leistung bewirkt oder mit ihm in Ansehung der Hypothek ein Rechtsgeschäft vorgenommen ist, das zwar nicht eine Übertragung oder eine Belastung der Hypothek (§ 892), aber doch eine Verfügung über diese enthält (vgl. hierzu oben S. 141ff. Erl. zu § 893 und S. 581 Erl. 5 zu § 1138).

d) Schließlich gewährt § 1155 dem wirklich Berechtigten, um seinen späteren Erwerber die Berufung auf den öffentlichen Glauben der Übertragungsurkunden abzuschneiden, die aus den **§§ 894—899** (S. 143ff.) ersichtlichen Rechte auf Berichtigung der Grundbuchs und auf die hierzu erforderlichen Maßnahmen sowie auf Eintragung eines Widerspruchs, obwohl nicht das Grundbuch,

§. 1156. Die für die Uebertragung der Forderung geltenden Vorschriften der §§. 406 bis 408 finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek keine Anwendung. Der neue Gläubiger muß jedoch eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigenthümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Uebertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigenthümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist.

---

sondern jene Übertragungsurkunden mit dem wirklichen Rechte im Widerspruche stehen (abw. hinsichtlich des Widerspruchs Predari S. 241).

e) Von großer Bedeutung ist die Vorschrift des § 1155 ferner für das formelle Grundbuchrecht auf Grund der Bestimmung des **§ 40 Abs. 2 der GBO.**, nach welcher der gemäß § 1155 legitimierte Besitzer des Briefes dem eingetragenen Gläubiger auch in Ansehung der Vorschrift gleichsteht, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist.

4. Der § 1155 findet nicht nur auf die Briefhypotheken, sondern auch auf **Briefgrundschulden und Briefrentenschulden** Anwendung. Bei Buchhypotheken und daher auch bei den Sicherungshypotheken verbleibt es bei den Vorschriften der §§ 891—899.

§ 1156.

E. I § 1089; II § 1063 rev. § 1140; III § 1139. P. I S. 5167 ff., 5299 ff.; M. III S. 711 ff. P. II Bd. 3 S. 589 ff., 664 f., 683.

Ramdohr bei Gruch. 44 S. 373 ff.

1. **Nichtanwendung des §§ 406—408.** Auf die Übertragung einer Hypothekenforderung, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld finden, soweit nicht Sondervorschriften entgegenstehen, die Vorschriften der §§ 398—413 Anwendung. Demnach würden an sich auch für das Rechtsverhältnis zwischen dem neuen Gläubiger und dem Eigentümer die Bestimmungen der §§ 404—410 maßgebend sein. Da sie aber zum Teil mit den Grundsätzen des Grundbuchrechts und den Interessen des Realkredits, welche einen stärkeren Schutz des gutgläubigen Erwerbers der Hypothek erfordern, nicht vereinbar sind, sind sie für das Hypothekenrecht verschiedentlich geändert. Uneingeschränkt kommt nur die Bestimmung des § 409 zur Anwendung; § 410 ist durch §§ 1144, 1145, 1160 modifiziert. Die Zulässigkeit der dem Schuldner gegenüber dem bisherigen Gläubiger zustehenden, zur Zeit der Übertragung bereits begründeten Einwendungen richtet sich nach §§ 404, 405 in Verbindung mit §§ 1138, 1157; § 1156 schließlich erklärt die Vorschriften der §§ 406—408 für unanwendbar und schneidet damit dem Eigentümer die Berufung auf Vorgänge ab, die sich nach der Übertragung der Hypothek, der Grundschuld oder Rentenschuld zwischen dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger ereignet haben. Das BGB. spricht demnach den Satz ausdrücklich aus, den die Praxis bereits für das preußische Recht trotz des Fehlens einer besonderen Vorschrift aufgestellt hatte, daß die erst nach der Übertragung entstandenen Einwendungen gegenüber dem bisherigen Gläubiger dem neuen Gläubiger nicht entgegengesetzt werden können (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 210 Erl. II 2c zu § 38 Abs. 2 des EigErwGes.). Der gute Glaube des Erwerbers kommt hierbei nicht in Frage, denn da die Tatsachen erst nach der Übertragung eingetreten sind, konnten sie dem neuen Gläubiger zur Zeit des Erwerbes nicht bekannt sein. Dagegen wird dem Eigentümer die Berufung auf die Vorschriften der §§ 893, 1155 durch § 1156 nicht beschränkt (s. Ramdohr a. a. O., Biermann S. 362 Erl. 1).

2. Den Vorschriften der §§ 406—408 ist durch § 1156 ihre Wirksamkeit **nur für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger und nur in Ansehung der Hypothek** entzogen. Für das Rechtsverhältnis zwischen dem persönlichen Schuldner und dem neuen Gläubiger behalten sie also ihre Gültigkeit, auch wenn jener mit dem Eigentümer identisch ist. Demnach kann der mit der persönlichen und der dinglichen Klage zugleich belangte Eigentümer gegen jene Klage Einwendungen auf Grund der nach der Übertragung zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger vorgenommenen Rechtsgeschäfte geltend machen, während diese dem dinglichen Anspruche gegenüber bedeutungslos sind (vgl. M. III S. 712 ff. Ziff. 2). Hat z. B. der Eigentümer die Hypothekensumme nach der Übertragung, aber in Unkenntnis derselben an den bisherigen Gläubiger gezahlt, so ist damit die persönliche Forderung erloschen; für das dingliche Recht gilt sie aber als fortbestehend, so daß dieses nicht als Grundschuld auf den Eigen-

tümer übergeht, sondern dem neuen Gläubiger zusteht, und zwar als Hypothek (nicht wie Fuchs S. 501 Erl. 4 annimmt, als Grundschuld), da die Tilgung der Forderung in Ansehung der Hypothek bedeutungslos ist, die Forderung also wie in dem in Erl. 4 zu § 1138 (oben S. 581) erörterten Falle für die Hypothek als fortbestehend gilt (vgl. Hachenburg, Vorträge S. 538).

3. Im einzelnen ergibt sich aus den Bestimmungen des § 1156 folgendes:

a) Aufrechnung. Während gegenüber der persönlichen Klage des Gläubigers der Schuldner auch nach der Übertragung noch mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen kann, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe seiner Gegenforderung von der Übertragung Kenntnis hatte oder daß die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die übertragene, durch die Hypothek gesicherte Forderung fällig geworden ist (§§ 406, 412), ist der Eigentümer gegenüber dem dinglichen Anspruche des Hypothekengläubigers zur Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegen den früheren Gläubiger nach der Übertragung der Hypothekenforderung nicht mehr befugt, einerlei, wann er die Gegenforderung erworben hat und wann diese fällig geworden ist (vgl. Bd. II S. 280 Erl. 2 zu § 406). Der Eigentümer kann also den dinglichen Anspruch nur durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung, welche ihm gegen den jetzigen Gläubiger zusteht, beseitigen und nach §§ 1137, 770 die Befriedigung des Gläubigers so lange verweigern, als der jetzige Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Schuldners befriedigen kann (vgl. S. 588 Erl. 4 zu § 1142). Außerdem kann er sich nach §§ 1137, 1138 auf eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegen den bisherigen Gläubiger dann berufen, wenn diese vor der Übertragung bereits erklärt ist und die erfolgte Aufrechnung dem Erwerber zur Zeit der Übertragung bekannt war. Schließlich muß der neue Gläubiger die Aufrechnung des Eigentümers gegenüber dem bisherigen Gläubiger auch dann gegen sich gelten lassen, wenn dem Eigentümer der Schutz des öffentlichen Glaubens gemäß §§ 893, 1155 zur Seite steht.

b) Leistung des Schuldners an den bisherigen Gläubiger und sonstige Rechtsgeschäfte zwischen diesen. Nach § 407 Abs. 1, § 412 muß der neue Gläubiger eine Leistung, die der Schuldner nach der Übertragung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Übertragung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen ist, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Übertragung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt (vgl. Bd. II S. 281 f.). Nach § 1156 findet dies zwar auf die persönliche Forderung des Hypothekengläubigers, aber nicht auf dessen dinglichen Anspruch Anwendung. Dem letzteren gegenüber kann sich der Eigentümer auf eine Leistung, welche nach der Übertragung an den bisherigen Gläubiger erfolgt ist, sowie auf einen mit diesem nach der Übertragung abgeschlossenen Erlaß- oder Stundungsvertrag u. a. nur auf Grund der Vorschriften der §§ 893, 1155, nicht auf Grund der §§ 407, 412 berufen.

Hiervon macht § 1156 Satz 2 für die **Kündigung** eine Ausnahme auf Grund der Erwägung, daß der Eigentümer, wenn er mit Rechtswirksamkeit nur dem jeweiligen Gläubiger kündigen dürfe, leicht um sein Kündigungsrecht gebracht werden könne, weil er von einer Abtretung häufig nicht benachrichtigt werde und deswegen die Person des jeweiligen Gläubigers unter Umständen nicht kenne (P. II Bd. 3 S. 664 f.). Deshalb ist einer Kündigung, welche der Eigentümer gegenüber dem bisherigen Gläubiger erklärt hat, auch dem neuen Gläubiger gegenüber Wirksamkeit beigelegt, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist. Diese Sondervorschrift hat, da sich § 1156 auf alle Übertragungen, auch auf die kraft Gesetzes bezieht (vgl. Erl. 4), zu denen es auch bei der Buchhypothek der Eintragung in das Grundbuch nicht bedarf, nicht nur für die Briefhypothek, sondern auch für die Buchhypothek Bedeutung. Vgl. im übrigen über die Kündigung oben S. 585 ff. Erl. zu § 1141; insbesondere gilt das daselbst in Erl. 3 Gesagte für eine Kündigung, die der bisherige Gläubiger an den Eigentümer nach der Übertragung vorgenommen hat.

c) Rechtsstreit zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger. Nach § 407 Abs. 2, § 412 muß der neue Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil, welches in einem nach der Übertragung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ergangen ist, hinsichtlich seines persönlichen Anspruchs gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Übertragung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat (vgl. Bd. II S. 282 Erl. 2 zu § 407). Dagegen ist nach § 1156 hinsichtlich des dinglichen Anspruchs ein solcher Rechtsstreit dem neuen Gläubiger gegenüber stets ohne Wirkung. Ein zur Zeit der Übertragung bereits anhängiger Rechtsstreit über die Hypothek oder über die persönliche Forderung

§. 1157. Eine Einrede, die dem Eigenthümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Die Vorschriften der §§. 892, 894 bis 899, 1140 gelten auch für diese Einrede.

(vgl. S. 578 Erl. 3 zu § 1137) wirkt aber auch gegen den Erwerber, es sei denn, daß diesem zur Zeit des Erwerbes die Rechtshängigkeit nicht bekannt war (CPO. § 325; vgl. oben S. 604 Erl. 4 zu § 1148).

d) Nochmalige Übertragung der abgetretenen Forderung. Die Vorschriften des § 408 betreffen den Fall, daß eine bereits abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten oder diesem durch gerichtlichen Beschluß überwiesen oder ihre Übertragung kraft Gesetzes von dem bisherigen Gläubiger anerkannt wird. In diesem Falle soll der frühere Erwerber in demselben Umfange, wie nach § 407 (Erl. b, c) der neue Gläubiger, eine Leistung des Schuldners an den Dritten oder ein zwischen diesen beiden vorgenommenes Rechtsgeschäft oder einen zwischen ihnen anhängigen Rechtsstreit gegen sich gelten lassen müssen (vgl. Bd. II S. 284f.). Diese Bestimmungen behalten nach § 1156 ihre Bedeutung für den persönlichen Anspruch; hinsichtlich des dinglichen werden sie durch die entsprechenden Vorschriften der §§ 893, 1138, 1155 ersetzt (vgl. S. 581 Erl. 5 zu § 1138).

4. Die Vorschriften des § 1156 gelten nicht nur für die Abtretung, sondern für **alle Übertragungsarten**; insbesondere setzen sie also die Bestimmungen der §§ 406—408 auch für den Übergang der Hypothek kraft Gesetzes, auf den sie sich kraft des § 412 erstrecken, und für die Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung, soweit sie für diese überhaupt gelten (vgl. Bd. II S. 281 Erl. 5 zu § 406, S. 284 Erl. 5 zu § 407, S. 285 Erl. 3 zu § 408), außer Kraft.

Die fraglichen Vorschriften finden sowohl auf die **Verkehrshypothek** wie auf die **Grundschuld** und die **Rentenschuld** Anwendung, einerlei, ob ein Brief erteilt oder die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist, dagegen nach § 1185 Abs. 2 **nicht auf die Sicherungshypothek** und nach §§ 1158, 1159 nur im beschränkten Umfang auf Forderungen von Zinsen oder anderen Nebenleistungen und von Kosten.

§ 1157.

E. I § 1084; II § 1064 rev. § 1141; III § 1140. P. I S. 5077ff., 5083, 5434ff.; M. III S. 700f. P. II Bd. 3 S. 580, 582ff.; Bd. 6 S. 253. D. S. 672.

Rambohr bei Gruch. 44 S. 361, 375ff.; Predari S. 220, 299ff.

1. **Einreden aus einem zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Eigentümer bestehenden Rechtsverhältnisse.** Während dem neuen Gläubiger gegenüber seinem dinglichen Anspruch Einwendungen aus den Tatsachen, die sich nach der Übertragung der Forderung zwischen dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger ereignet haben, nach § 1156 grundsätzlich nicht entgegengesetzt werden können, sind die zur Zeit der Übertragung gegen den bisherigen Gläubiger bereits begründeten Einwendungen auch hinsichtlich der Hypothek gegen den neuen Gläubiger wirksam, jedoch nur mit den Einschränkungen, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergeben. Mit diesem Vorbehalte gilt die Vorschrift des § 404 auch für die Übertragung der Hypothekenforderungen, der Grundschulden und der Rentenschulden. Dies ergibt sich hinsichtlich der Einwendungen, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen, sowie hinsichtlich der nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden ohne weiteres aus §§ 1137, 1138 (vgl. S. 576f. Erl. 2 zu § 1137 und S. 579ff. Erl. 1, 2, 4, 6 zu § 1138).

Bei der Natur der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden als dingliche Rechte würde es aber beim Schweigen des Gesetzes zweifelhaft sein, ob dem neuen Gläubiger Einreden aus einem zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Eigentümer bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnis entgegengesetzt werden können oder ob diese gegen den neuen Gläubiger ebenso unzulässig sind, wie gegen einen neuen Eigentümer Einreden auf Grund obligatorischer Verpflichtungen seines Rechtsvorgängers. Diesen Zweifel beseitigt die Vorschrift des § 1157, indem sie — anders als der E. I (vgl. M. III S. 700f.) — die Einreden für zulässig erklärt, soweit nicht die Vorschriften über den öffentlichen Glauben entgegenstehen. Über die Begründung dieser Vorschrift s. P. II Bd. 3 S. 582ff.

2. **Beispiele.** Die Vorschrift des § 1157 kommt insbesondere zur Anwendung, wenn der bisherige Gläubiger sich dem Eigentümer gegenüber verpflichtet hat, „von der Hypothek keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch zu machen oder sie löschen zu lassen" (D. S. 672), also

§. 1158. Soweit die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigenthümer von der Uebertragung Kenntniß erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§. 406 bis 408 Anwendung; der Gläubiger kann sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigenthümer nach den §§. 404, 406 bis 408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des §. 892 berufen.

---

z. B. wenn er einen Erlaßvertrag abgeschlossen oder Stundung bewilligt hat oder wenn er sich verpflichtet hat, das Grundstück nicht zur Zwangsversteigerung zu bringen, sondern nur im Wege der Zwangsverwaltung Befriedigung zu suchen, sofern man eine derartige Vereinbarung überhaupt für zulässig hält (S. 602f. Erl. 3c zu § 1147), oder wenn er die Verpflichtung übernommen hat, die Hypothek nicht abzutreten (vgl. §§ 399, 405; Rspr. 10 S. 414; Reichel in Jherings Jahrb. 46 S. 76). Weitere Beispiele ergeben sich aus Erl. 3bβ zu § 1143, Erl. 4 zu § 1144.

3. **Aus den Vorschriften der §§ 1137, 1138, 1157 ergibt sich**, daß der Eigentümer dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegenhalten kann, die ihm vor der Übertragung gegen den bisherigen Gläubiger zustanden, wenn sie dem neuen Gläubiger zur Zeit der Übertragung bekannt waren oder wenn sie aus dem Grundbuch oder aus dem Briefe oder aus einem Vermerk auf dem Briefe (§ 1140) erhellen oder schließlich wenn der neue Gläubiger sich deshalb auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen kann, weil er die Hypothek nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung erworben hat.

Damit er sich diese Einwendungen auch gegen einen späteren gutgläubigen Erwerber erhalten kann, kann er gemäß der für anwendbar erklärten §§ 894—899 deren Eintragung in das Grundbuch oder die Eintragung eines Widerspruchs erwirken (vgl. S. 581f. Erl. 6 zu § 1138; abw. Biermann S. 364 Erl. 1, Willenbücher S. 204 Erl. 1 insofern, als sie auch die Eintragung einer Vormerkung zulassen; s. dagegen Turnau-Förster I S. 734 Erl. 2). Die Ansprüche aus §§ 894ff. stehen ihm nach § 1157 gegen einen durch die Vorschriften über den öffentlichen Glauben nicht geschützten Sondernachfolger des ihm obligatorisch verpflichteten Gläubigers sowie auch gegen diesen selbst zu (a. M. in letzter Hinsicht Fuchs S. 505 Erl. 4b, der gegen den ursprünglich verpflichteten Gläubiger nur den Anspruch aus dem obligatorischen Abkommen und eine Vormerkung zulassen will).

4. Die Vorschriften des § 1157 gelten für **alle Hypothekenarten**, auch für die Sicherungshypotheken, und insbesondere für die **Grundschulden** und für die **Rentenschulden**; die Gültigkeit der Bestimmung des § 1157 Satz 2 ist aber durch §§ 1158, 1159 eingeschränkt.

§ 1158.

E. I § 1090 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 1112 Abs. 3; II § 1068 rev. § 1142; III § 1141. P. I S. 5328ff., 11996, 12018; M. III S. 713f., 750. P. II Bd. 3 S. 591, 653; Bd. 4 S. 604f., 612; Bd. 6 S. 253ff.

Ramdohr in Gruch. 44 S. 377ff.

1. Von den bisher erörterten Bestimmungen über die Übertragung der Hypothekenforderung gelten nach §§ 1158, 1159 **Ausnahmen für die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen, und zwar** betrifft § 1158 **die zur Zeit der Übertragung noch nicht fälligen** und § 1159 die rückständigen Zinsen oder sonstigen Nebenleistungen.

Die Vorschriften des § 1158 finden nicht nur dann Anwendung, wenn die Nebenansprüche allein, sondern auch wenn sie mit der Hauptforderung übertragen werden, wie aus dem Anfangsworte „soweit" erhellt.

Über den Begriff der Nebenleistungen vgl. S. 531 Erl. 4b zu § 1115 und bezüglich der Kosten Erl. 1 und 2b zu § 1159.

2. Für die **Form der Übertragung** der Forderungen auf noch nicht fällige Zinsen oder andere Nebenleistungen gilt nichts besonderes; auf sie kommen die für die Abtretung der Hypothek geltenden Vorschriften des § 1154 zur Anwendung (vgl. P. II Bd. 4 S. 604f.). Danach bedarf es, auch wenn nur noch nicht fällige Zinsen oder ein Teil derselben und nicht zugleich das Kapital Gegenstand der Abtretung bilden, bei Buchhypotheken der Einigung und der Eintragung in das Grundbuch und bei Briefhypotheken der schriftlichen Abtretungserklärung und der Übergabe des Hypothekenbriefs, sei es des Stammhypothekenbriefs oder eines über das abgetretene Zinsrecht erteilten Teilhypothekenbriefs. Die Bildung des letzteren ist in diesem Falle

ebensowenig obligatorisch wie im Falle der Abtretung eines Teiles des Kapitals (vgl. oben S. 608 Erl. 1 zu § 1152).

Da die Abtretung des Kapitals nicht notwendig die der Zinsen zu umfassen braucht und der Grundsatz der Öffentlichkeit erfordert, daß aus der Eintragung zu ersehen ist, wem die Zinsen zustehen, muß in der Abtretungsurkunde angegeben werden, ob und inwieweit die Zinsen mit übertragen werden (KG. 29 S. A 179).

Wenn eine Hypothek unter Herabsetzung des Zinsfußes abgetreten wird und der bisherige Gläubiger sich die Zinsdifferenz ausdrücklich vorbehält, so ist darin nicht, wie Turnau-Förster I S. 622 Anm. 5 zu § 1119 meinen, stets der Vorbehalt eines Nießbrauchs an der Hypothek in Höhe der Zinsdifferenz zu finden; dies ist nur dann anzunehmen, wenn sich der Gläubiger für seine Person als ein unvererbliches und unveräußerliches Recht den Zinsgenuß vorbehalten hat, nicht aber wenn das Zinsrecht im Umfange des Vorbehalts seiner freien Verfügung unterliegen sollte. Zu der Verfügung über das vorbehaltene Zinsrecht (nicht zur Verfügung über Zinsrückstände) bedarf es der Beobachtung der Formen des § 1154. Dieselben Formen sind auch für den Vorbehalt des Zinsrechts zu wahren, wenn darin ein Nießbrauch zu finden ist, da die Bestellung eines Nießbrauchs nach den für die Übertragung geltenden Vorschriften erfolgt (§ 1069; vgl. Fuchs S. 508 Erl. 7). Ist dagegen in der Abtretung unter Vorbehalt nur eine Teilabtretung zu finden, so bedarf es der Beobachtung dieser Formen nur für den von dem bisherigen Gläubiger abgetretenen, nicht für den von ihm zurückbehaltenen Teil.

Hat sich der abtretende Gläubiger die Zinsdifferenz nicht vorbehalten, so ist darin mit der preußischen Praxis ein Verzicht auf diese zu sehen (vgl. Oberneck I S. 806 § 135 Ziff. 4). Zur Löschung der Differenz ist die Zustimmung des Eigentümers nach § 1183 und GBO. § 27 Abs. 1 erforderlich.

3. Hinsichtlich der **Wirkungen der Übertragung** der Forderung auf noch nicht fällige Zinsen oder sonstige Nebenleistungen ist zwischen denjenigen Zinsen oder anderen Nebenleistungen zu unterscheiden, welche in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahr oder früher fällig werden, und zwischen denjenigen, deren Fälligkeit später eintritt.

a) **Die nach dem bezeichneten Halbjahre fällig werdenden Nebenleistungen.** Während das preuß. Ges. über den EigErw. nach der Ansicht des RG. 4 S. 334 dem gutgläubigen Erwerber der Hypothek den Anspruch auf alle zur Zeit des Erwerbes noch nicht fälligen Zinsen ebenso wie den Anspruch auf das Kapital gewährleistete (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 214 Erl. I zu § 39 des EigErwGes. sowie Oppenheim und Gerbaulet in Gruch. 26 S. 636ff., 30 S. 805ff.), stellt das BGB. nur den Anspruch auf die nach dem angegebenen Halbjahre fällig werdenden Zinsen unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Hinsichtlich der Zinsen oder sonstigen Nebenleistungen, die später fällig werden, gilt genau dasselbe wie bezüglich des Kapitals. Dem neuen Gläubiger können also, wenn er sein dingliches Recht verfolgt, nur solche Einwendungen aus der Person des früheren Gläubigers entgegengesetzt werden, die zur Zeit des Erwerbes ihm bekannt oder im Grundbuch eingetragen oder auf dem Briefe vermerkt waren (§§ 892, 1138, 1156, 1157).

b) Anders ist es mit den **früher fälligen Nebenansprüchen.** Hinsichtlich ihrer kann sich der neue Gläubiger auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen. Er muß sich auch gegenüber seiner dinglichen Klage alle zur Zeit der Übertragung gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen gefallen lassen (§ 404, § 1157 Satz 1). Der Eigentümer kann diese Nebenansprüche durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Gegenforderung auch nach der Übertragung tilgen, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe der Gegenforderung von der Übertragung Kenntnis hatte oder daß die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als der Zins- oder sonstige Nebenanspruch fällig geworden ist (§ 406). Eine Leistung, die der Eigentümer oder auch der persönliche Schuldner (vgl. S. 577f. Erl. 2d und 3 zu § 1137) nach der Übertragung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Übertragung zwischen dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung des Nebenanspruchs vorgenommen wird, desgleichen ein rechtskräftiges Urteil, das in einem nach der Übertragung zwischen denselben Personen anhängig gewordenen Rechtsstreit über den Nebenanspruch ergangen ist, muß der neue Gläubiger gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Eigentümer bzw. der persönliche Schuldner die Übertragung bei der Leistung, bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit kannte (§ 407). Schließlich finden nach § 408 die oben erwähnten Vor-

§. 1159. Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen gerichtet ist, bestimmt sich die Uebertragung sowie das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften. Das Gleiche

---

schriften des § 407 zugunsten des Eigentümers auch dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung, wenn der übertragene Nebenanspruch von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten oder diesem durch gerichtlichen Beschluß überwiesen ist oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß der übertragene Nebenanspruch kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen ist und der Schuldner oder der Eigentümer an den Dritten leistet oder zwischen jenem und diesem ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird. Während alle diese Bestimmungen sonst nur gegenüber der persönlichen Klage des neuen Gläubigers zur Anwendung kommen, gelten sie bezüglich der erwähnten Nebenansprüche auch gegenüber dem dinglichen Anspruche. Der Eigentümer kann also z. B., bevor er von der Übertragung Kenntnis erlangt hat, die in dem laufenden oder in dem folgenden Kalendervierteljahre fällig werdenden Zinsen an den bisherigen Gläubiger gefahrlos zahlen, ohne zur Prüfung der Fortdauer seines Gläubigerrechts verpflichtet zu sein. Dagegen sind auch hinsichtlich dieser Zinsen dem neuen Gläubiger gegenüber Rechtshandlungen unwirksam, die der Eigentümer nach Erlangung der Kenntnis von der Übertragung dem bisherigen Gläubiger gegenüber vornimmt.

c) **Der entscheidende Zeitpunkt** ist nach § 1158 nicht der der Übertragung, sondern der der Kenntnisnahme des Eigentümers von dieser. Der neue Gläubiger muß daher auch Vorauszahlungen der Zinsen für einen längeren als einen halbjährigen Zeitraum, z. B. für ein ganzes Kalenderjahr, gegen sich gelten lassen, wenn der Eigentümer erst im dritten Kalendervierteljahre Kenntnis von der Übertragung erlangt; er muß also von dieser den Eigentümer möglichst bald benachrichtigen, nicht nur um ihn an künftigen Zahlungen oder Rechtsgeschäften zu hindern, sondern auch um die Wirkungen bereits vorher erfolgter Rechtshandlungen einzuschränken (vgl. P. II Bd. 6 S. 255 f.).

Auf welche Weise der Eigentümer die Kenntnis erlangt, ist gleichgültig. Kennen müssen steht dem Kennen nicht gleich (vgl. Bd. II S. 280 Erl. 1 zu § 406).

Anderseits entscheidet hinsichtlich der Nebenansprüche der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit ohne Rücksicht darauf, ob sie im voraus oder nachträglich zu zahlen sind (a. M. Rspr. 4 S. 73; Biermann S. 365; Willenbücher S. 205 Erl. 1; Staudinger III S. 460 Erl. 1).

Streit herrscht über die Frage, wer den Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Eigentümers von der Übertragung zu beweisen hat, der neue Gläubiger oder der Eigentümer. Gegenüber der Klage des neuen Gläubigers liegt dem Eigentümer nur der Beweis der Zahlung oder der sonstigen Tilgung der Zinsen und damit auch des Zeitpunkts dieser Tilgung ob. Sache des Gläubigers ist es dann zu beweisen, daß er diese nicht gelten zu lassen braucht, weil der Eigentümer schon in einem früheren Zeitpunkt als in dem der Zeit der Fälligkeit vorausgehenden Kalendervierteljahre die Übertragung erfahren hat. Es gilt für diesen Fall nichts anderes, als wenn der neue Gläubiger auf Grund der §§ 406—408 eine Aufrechnung, Zahlung rc. nicht gelten lassen will (vgl. Bd. II S. 281 Erl. 3 zu § 406, S. 283 Erl. 3 zu § 407, S. 285 Erl. 4 zu § 408).

d) **Die Anwendung der §§ 891, 893—899** ist durch § 1158 nicht beschränkt.

4. Die Vorschriften des § 1158 gelten für **alle Arten der Hypothek** sowie für die **Grundschulden und die Rentenschulden** (vgl. über letztere § 1200 Abs. 1).

§ 1159.

E. I § 1090 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 1112 Abs. 3, § 1121; II § 1069 rev. § 1143; III § 1142. P. I S. 5094 f., 5174 ff., 5231 ff., 5276 f., 5284 f., 5304 f., 5308, 5312, 5328 f., 6241, 6246, 11996, 12018; M. III S. 713 f., 750, 760 f. P. II Bd. 3 S. 591, 653, 665; Bd. 4 S. 604 f.; Bd. 6 S. 256 f. RB. S. 2005.

Rambohr in Gruch. 44 S. 381 f.

1. Die Vorschriften des § 1159, die nicht, wie § 1158, die Übertragung noch nicht fälliger Nebenansprüche betreffen, sondern **die Übertragung von Rückständen von Zinsen oder anderen Nebenleistungen** regeln, beruhen auf der Erwägung, daß das Recht auf die Verzinsung des Kapitals sowie auf sonstige künftige Nebenansprüche im allgemeinen in das Grundbuch eingetragen

gilt für den Anspruch auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach §. 1118 haftet.

Die Vorschriften des §. 892 finden auf die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche keine Anwendung.

---

wird und zu der Hauptforderung in dem Verhältnis eines Nebenrechts steht, welches das rechtliche Schicksal der Hauptforderung teilt und folglich mit deren Übertragung auf den neuen Gläubiger ohne weiteres mitübergeht, daß dagegen das Recht auf die einzelne Zinsrate oder sonstige Nebenleistung sich mit deren Fälligkeit von dem Rechte auf das Kapital loslöst und für den Gläubiger einen von der Hauptforderung unabhängigen Gegenstand der Verfügung bildet sowie daß das Grundbuch über die einzelnen Raten keine Auskunft gibt (vgl. M. III S. 713; s. auch RG. 37 S. 311, RJA. 5 S. 123).

Das letztere gilt auch von den im § 1118 angeführten Kosten (vgl. S. 541 Erl. 3 zu § 1118; M. III S. 714 Ziff. 2).

2. Von der Vorschrift des § 1159 werden betroffen:

a) die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen, d. h. auf alle zur Zeit der Übertragung bereits fälligen Nebenleistungen. Sind sie zur Zeit der Abtretung noch nicht fällig, so kommt § 1159 nie zur Anwendung; insbesondere wird eine formlose Abtretung noch nicht fälliger Zinsen nicht durch den Eintritt der Fälligkeit nachträglich gültig (a. M. Staudinger III S. 461 Erl. 1d). Über die außer den Zinsen in Betracht kommenden Nebenleistungen vgl. S. 531 Erl. 4b zu § 1115. Für Verzugszinsen gilt nach dem Gesetz (anders als nach dem E. II rev. und E. III) nichts besonderes; auch sie unterliegen dem § 1159 nur, soweit sie zur Zeit der Übertragung bereits fällig sind (abw. Berg in Gruch. 48 S. 780f. hinsichtlich der Verzugszinsen des § 1146, diese sollen von § 1159 nicht getroffen werden, weil für sie lediglich ein dinglicher Anspruch bestehe, während § 1159 nur von den Zinsrückständen, auf welche die Forderung gerichtet sei, handele);

b) der Anspruch auf Erstattung der Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (vgl. S. 541 Erl. 2 zu § 1118). Andere Kosten sind nicht gleichgestellt, soweit sie nicht unter den Begriff der rückständigen Nebenleistungen zu bringen sind.

3. Die Übertragung dieser Ansprüche wird in jeder Hinsicht durch die Vorschriften der §§ 398ff. geregelt.

a) Die Abtretung bedarf daher nicht der im § 1154 vorgeschriebenen Form, sondern vollzieht sich durch einen formlosen Vertrag (§ 398). Verlangt der neue Gläubiger eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung, so hat er die Kosten zu tragen und vorzuschießen (§ 403). Die Übertragung kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden; ein Teilhypothekenbrief ist unzulässig.

Diese Vorschriften finden zwar nicht nur dann Anwendung, wenn die Rückstände oder Kosten allein, sondern auch wenn sie mit dem Hauptrecht abgetreten werden; wenn aber in diesem Falle die Abtretung des letzteren wegen Formmangels nichtig ist, ist nach § 139 im Zweifel auch die Abtretung jener Nebenansprüche nichtig.

Wie die Abtretung, so erfolgt auch die Pfändung und die Überweisung dieser Ansprüche nach den für Pfändung und Überweisung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften, nicht nach den oben S. 615f. Erl. 6 zu § 1154 erwähnten Sonderbestimmungen (CPO. § 830 Abs. 3, § 837 Abs. 2).

b) Die in Erl. 2 erwähnten Ansprüche können ohne die Hypothek übertragen werden, da nicht § 1153 Abs. 2, sondern nur die dispositive Vorschrift des § 401 Anwendung findet. Werden sie in dieser Weise übertragen, so erlischt die Hypothek (vgl. Bd. II S. 275 Erl. 1 zu § 401).

c) Die Wirkungen der Übertragung richten sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Übertragung der Forderungen, die Einwendungen des Eigentümers insbesondere nach §§ 404—409; die §§ 892, 1156, § 1157 Satz 2 finden keine Anwendung.

d) Der neue Gläubiger hat sich gemäß § 410, nicht gemäß § 1160 zu legitimieren (vgl. § 1160 Abs. 3). Ist er aber in das Grundbuch eingetragen, so streitet die Vermutung des § 891 für sein Recht auch hinsichtlich der in Betracht kommenden Ansprüche.

4. Weitere Sondervorschriften über die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten enthält § 1178; der Abs. 1 schließt die Eigentümerhypothek

§. 1160. Der Geltendmachung der Hypothek kann, sofern nicht die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt; ist der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so sind auch die im §. 1155 bezeichneten Urkunden vorzulegen.

Eine dem Eigenthümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn der Gläubiger die nach Abs. 1 erforderlichen Urkunden nicht vorlegt und der Eigenthümer die Kündigung oder die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Diese Vorschriften gelten nicht für die im §. 1159 bezeichneten Ansprüche.

---

hinsichtlich ihrer aus und Abs. 2 regelt die Form des Verzichts. Vgl. auch über die Verjährung der Ansprüche auf Rückstände wiederkehrender Leistungen § 902 Abs. 1 Satz 2.

5. **Auch der § 1159 gilt für alle Arten der Hypotheken, der Grundschulden und der Rentenschulden.**

§ 1160.

E. I §§ 1117, 1118, 1121, § 1123 Abs. 2 Satz 2; II § 1065 rev. § 1144; III § 1143. P. I S. 5295 ff., 5305 ff., 5317 ff., 12020; M. III S. 757 f., 760 f. P. II Bd. 3 S. 663 f.

Habicht, Die Vorlegung der Legitimationsurkunden bei einseitigen Rechtsgeschäften, in JW. 1901 S. 770 ff.

1. **Recht des Gegners des Briefhypothekengläubigers auf Vorlegung des Hypothekenbriefs und der im § 1155 bezeichneten Urkunden.** Die Vorschrift des § 1160, welche nur für die Briefhypothek, die Briefgrundschuld und die Briefrentenschuld gilt, beruht auf dem oben S. 510 f. Vorbm. 2c besprochenen Zwecke und der S. 537 Erl. 5 zu § 1116 erörterten Natur des Briefes und bezweckt die Sicherung des Eigentümers oder des Dritten, gegen welchen der Gläubiger sein Recht geltend macht. Da der Briefhypothekengläubiger außerhalb des Grundbuchs über die Post verfügt haben und der Gegner sich auf seinen guten Glauben bezüglich der Person des Gläubigers nur berufen kann, wenn dieser im Besitze des Briefes und als Gläubiger eingetragen oder gemäß § 1155 legitimiert ist (vgl. P. II Bd. 3 S. 86), gewährt § 1160 dem Gegner des Gläubigers, insbesondere dem Eigentümer das Recht, von dem Gläubiger die Vorlage des Briefes und, wenn er nicht eingetragen ist, der im § 1155 bezeichneten Urkunden zu fordern.

2. Dieses Recht besteht bei jeder **Geltendmachung der Briefhypothek, der Briefgrundschuld oder Briefrentenschuld.** Eine solche liegt stets dann vor, wenn der Gläubiger, sei es gerichtlich oder außergerichtlich, Befriedigung aus dem Grundstück oder den mithaftenden Gegenständen fordert (vgl. S. 606 f. Erl. 1 zu § 1150), aber auch eine Feststellungsklage, die Fristbestimmung gemäß § 1133, die gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung des Anspruchs auf Unterlassung von Einwirkungen oder auf Anordnung von Maßregeln zur Abwendung einer Gefährdung gemäß §§ 1134, 1135 sowie auch die in anderen Fällen erfolgende Geltendmachung des Hypothekenanspruchs gegen Dritte (vgl. S. 576 Erl. 1 zu § 1137) gehören hierher (vgl. Fuchs S. 512 Erl. 2). Auch der Berichtigungsanspruch aus § 894 ist nicht ausgenommen (Brachvogel in Gruch. 49 S. 319; s. jedoch Erl. 3). Für die Kündigung, welche eine Verfügung enthält, gibt der Abs. 2 eine besondere Vorschrift.

Die Geltendmachung des persönlichen Anspruchs steht nur in dem Falle des § 1161 der Hypothek gleich.

3. **Ausnahmsweise fällt das Recht fort,** wenn der Gläubiger lediglich bereits fällige Nebenleistungen, insbesondere Zinsrückstände, und die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung beansprucht (Abs. 3), da auf die Übertragung dieser Ansprüche nach § 1159 lediglich die Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse Anwendung finden, der Eigentümer sich also durch deren Zahlung oder sonstige Tilgung an den letzten ihm bekannten Gläubiger befreien kann. Hinsichtlich dieser Ansprüche stehen dem Eigentümer nur die im § 410 gewährleisteten Rechte zu, wenn der Gläubiger nicht als solcher eingetragen ist (vgl. S. 628 Erl. 3d zu § 1159).

Außerdem findet, wie in den P. I S. 5317 ff. und in den M. III S. 757 Ziff. 2 hervorgehoben wird, der Grundsatz, daß zur Geltendmachung der Hypothek die Vorlegung des Briefes erforderlich ist, selbstverständlich keine Anwendung, wenn der Gläubiger auf Grund seines Rechtes das Eigentum an dem Briefe gemäß § 952 Abs. 2 (oben S. 357 f. Erl. 2 zu § 952) geltend macht

und dessen Herausgabe fordert oder wenn der Gegner den Brief besitzt und zu dessen Herausgabe an den Gläubiger verpflichtet ist. Entsprechend ist von der Verpflichtung zur Vorlage der im § 1155 bezeichneten Urkunden insoweit eine Ausnahme zuzulassen, als der Gläubiger auf Aushändigung solcher Urkunden oder auf Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs klagt, weil er den Mangel solcher Urkunden durch eine Eintragung ersetzen will (abw. Brachvogel a. a. O.).

Schließlich ersetzt, wenn der Brief abhanden gekommen und für kraftlos erklärt ist, die Vorlage des Ausschlußurteils die des Briefes (vgl. Erl. 7c zu § 1162).

4. Das im Abs. 1 gewährte Recht steht **nicht nur dem Eigentümer, sondern auch einem Dritten zu,** wenn der Gläubiger sein dingliches Recht gegen diesen geltend macht (vgl. Erl. 2).

5. Streit besteht über **die rechtliche Natur und den Inhalt des Rechtes.**

a) Rechtliche Konstruktion. Unzweifelhaft ist die Vorlegung der Urkunden keine zur Begründung des Anspruchs des Gläubigers erforderliche Tatsache, wie nach dem E. I § 1117. Mit Rücksicht auf die große Belästigung und Gefahr, die die Auffassung des E. I für den Gläubiger zur Folge haben würde, hat die zweite Kommission dem Gegner nur ein Widerspruchsrecht gewährt (P. II Bd. 3 S. 664). Demnach braucht der Gläubiger der im gewöhnlichen Prozeß angestrengten Klage die Urkunden nicht beizufügen und, wenn er ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erwirkt, kommt das Recht überhaupt nicht in Betracht. Dagegen ist die Beifügung der Urkunden auf Grund des § 1117 zur Erhebung der Klage im Urkundenprozeß erforderlich (CPO. §§ 592, 593; RG. 55 S. 224).

Der Widerspruch ist auch nicht als ein Bestreiten der Aktivlegitimation des Gläubigers anzusehen. Das Gesetz gibt, von den in Erl. 3 erwähnten Ausnahmen abgesehen, dem Gegner stets das Recht, die Vorlage der Urkunden zu fordern, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger den Nachweis, daß er die Hypothek erworben hat, geführt und ob der Gegner den Beweis, daß die Hypothek auf einen anderen übergegangen ist, nicht erbracht hat, insbesondere auch wenn der Gegner das Gläubigerrecht nicht bestreitet (RG. 55 S. 224). Deshalb bildet das Erfordernis der Urkundenvorlage auch nicht ein Beweiserfordernis (a. M. CBl. f. FG. 1 S. 696). Mit Recht bezeichnet vielmehr Fuchs S. 510f. Erl. 1 den Widerspruch als eine selbständige Einrede der mangelnden Briefvorlegung (vgl. die nähere Begründung bei Fuchs a. a. O.; s. auch Predari S. 241).

b) Geltendmachung des Rechtes im Prozesse. Nach E. II Bd. 3 S. 664 soll diese Einrede nur den Erfolg haben, daß die Leistungspflicht des Eigentümers von der Vorlegung abhängig gemacht und der Urteilstenor entsprechend gefaßt wird. Diese Auffassung ist nach der herrschenden Meinung nicht zutreffend, da der Zweck des § 1160 nur erreicht wird, wenn der Gläubiger vor dem Urteile dem Gegner den Brief vorzulegen hat, damit dieser sich von dem Rechte des Gläubigers vergewissern und auch von etwaigen aus dem Briefe ersichtlichen Einreden Kenntnis nehmen kann. Auch der Wortlaut des Gesetzes rechtfertigt jene Auffassung nicht. Der Gläubiger ist vielmehr mit seiner Klage abzuweisen, wenn er dem Verlangen des Gegners auf Vorlegung der Urkunden nicht nachkommt (RG. 55 S. 224; Hachenburg, Vorträge S. 585). Die Abweisung darf aber nicht sofort erfolgen, wenn der Gläubiger sich zur Vorlegung bereit erklärt und bittet, ihm eine Frist zur Vorlegung zu bestimmen, sondern erst wenn die Annahme begründet erscheint, daß er den Brief nicht vorlegen könne oder wolle (RG. a. a. O.).

Über die Zeit der Geltendmachung dieser Einrede in dem Prozesse gilt nichts besonderes. In der Zwangsvollstreckung kann sie daher gemäß § 767 Abs. 2 der CPO. nur ausnahmsweise vorgebracht werden.

c) Geltendmachung des Rechtes außerhalb eines Rechtsstreits. Macht der Gläubiger die Hypothek außergerichtlich geltend, so hat der Gegner von seinem Rechte auf Vorlegung der Urkunden dadurch Gebrauch zu machen, daß er die Rechtshandlung des Gläubigers unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121) zurückweist und zwar mit dem Bemerken, daß er dies wegen Nichtvorlegung der Urkunden tue. Dadurch wird die Unwirksamkeit der Rechtshandlung herbeigeführt. Diese Vorschrift ist zwar im § 1160 Abs. 2 nur für die Kündigung und Mahnung getroffen, aber auf die übrigen außergerichtlichen Rechtshandlungen des Gläubigers (Erl. 2) analog auszudehnen (vgl. Hachenburg a. a. O., Habicht a. a. O. S. 774). Sie entspricht den Bestimmungen des § 111 Satz 2, des § 174 Satz 1 und des § 410 Abs. 1 Satz 2 (Bd. I S. 198 Erl. 3 zu § 111, S. 304 Erl. zu § 174, Bd. II S. 290 Erl. 5 zu § 410, vgl. Bd. I S. 182 Vorbm. VI 6); wie in diesen Fällen, so trifft auch in dem Falle des § 1160 Abs. 2 den Eigentümer oder den sonstigen Gegner des Gläubigers die Beweislast, daß er die Erklärung des

Gläubigers ohne schuldhaftes Zögern wegen Nichtvorlegung des Briefes zurückgewiesen habe. während dem Gläubiger der Beweis obliegt, daß er die Urkunden vorgelegt habe (vgl. Bd. II S. 205 Erl. 2 zu § 359, S. 290 f. Erl. 5 zu § 410; a. M. in dem letzten Punkte Biermann S. 368 Erl. 2, Fuchs S. 513 Erl. 6 b). Über die Zeit der Vorlegung s. Erl. 5 e und Habicht a. a. O. S. 775 und über die Wirkung eines vergeblichen Versuchs der Vorlegung das. S. 778 f.

d) **Vorzulegen sind** auf Verlangen stets **der Brief** und, wenn der Gläubiger nicht als solcher im Grundbuch eingetragen ist, **die im § 1155 bezeichneten Urkunden** (vgl. über die letzteren S. 617 ff. Erl. 2 b zu § 1155). Wenn Fuchs S. 513 f. Erl. 7 meint, daß der Gläubiger nicht eine zusammenhängende auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von Abtretungserklärungen, Überweisungsbeschlüssen und Anerkenntnissen von gesetzlichen Übertragungen vorzulegen brauche, sondern daß auch andere Urkunden, insbesondere Erbscheine oder Testamente in Betracht kämen sowie daß auch die öffentliche Beglaubigung der Urkunden nicht verlangt werden könne (so auch Turnau-Förster I S. 739 Erl. 3, Oberneck I S. 924), weil sonst der Zweck des § 1154 Abs. 1, der zum Rechtserwerb eine schriftliche Abtretungserklärung für ausreichend erklärt, vereitelt und der Schikane Tür und Tor geöffnet werden würde, so hat diese Ansicht nicht nur, wie Fuchs zugibt, den Wortlaut des Gesetzes, sondern auch dessen Zweck gegen sich. Denn die Vorschrift des § 893 kommt dem Eigentümer oder dem Dritten nur zugute, wenn er an den eingetragenen oder gemäß § 1115 legitimierten Gläubiger auf Grund der Hypothek eine Leistung bewirkt oder mit ihm ein sonstiges Rechtsgeschäft in Ansehung der Hypothek vornimmt, nicht aber wenn der Gläubiger auf andere Weise sein Recht beweist; vielmehr braucht in dem letzteren Falle der wirkliche Gläubiger das Rechtsgeschäft nicht gegen sich gelten zu lassen und dagegen soll der Eigentümer oder Dritte durch § 1160 geschützt werden. Aus dem gleichen Grunde ist auch Biermann S. 367 Erl. 1 a nicht zuzustimmen, daß nur derjenige Gläubiger, welcher die Hypothek durch Abtretung, gerichtliche Überweisung oder durch eine kraft Gesetzes erfolgte Übertragung erworben habe, und nicht z. B. der Erbe des eingetragenen Gläubigers zur Vorlegung der im § 1155 bezeichneten Urkunden verpflichtet sei (vgl. hierzu auch Habicht a. a. O. S. 773, 775). Kann der Gläubiger sich diese Urkunden nicht verschaffen, so muß er seine Eintragung erwirken.

e) **Ort der Vorlegung.** Streitig ist ferner, ob auf den Fall des § 1160 die Bestimmungen des § 811 zur Anwendung kommen, daß die Vorlegung an dem Orte zu erfolgen hat, an welchem sich die vorzulegende Sache befindet, jeder Teil aber die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, daß ferner derjenige, welcher die Vorlegung fordert, die Gefahr und die Kosten zu tragen und auf Verlangen des Besitzers vor der Vorlegung die Kosten vorzuschießen und wegen der Gefahr Sicherheit zu leisten hat. Fuchs S. 514 Erl. 8 und Predari S. 241 bejahen die Frage, weil der Fall des § 1160 eine Unterart des § 810 sei; Hachenburg, Vorträge S. 585 verneint sie, weil das Vorlegen parallel der Willenserklärung des Gläubigers zu erfolgen habe. Die letztere Ansicht verdient den Vorzug. Die Vorschriften des § 811 finden nur „in den Fällen der §§ 809, 810" Anwendung, also nur wenn die Verpflichtung zur Vorlegung sich auf die Bestimmungen dieser Paragraphen stützt. Sie auf die Fälle des § 1160 entsprechend anzuwenden, verbietet die Erwägung, daß die Vorlage bei der Geltendmachung der Hypothek, insbesondere nach Abs. 2 bei der Kündigung und Mahnung erfolgen soll (s. Habicht a. a. O. S. 775 f.).

6. Schließlich bestehen Zweifel über **die Zulässigkeit und die Eintragungsfähigkeit einer rechtsgeschäftlichen Abänderung** der dem Eigentümer gemäß § 1160 zustehenden Rechte. Das Kammergericht hat einen Verzicht auf das im Abs. 2 geregelte Widerspruchsrecht gegenüber einer Kündigung und Mahnung für zulässig und eintragungsfähig, die Vorschrift des Abs. 1 dagegen als eine sich aus dem Wesen der Briefhypothek ergebende für zwingend erklärt (KG. 20 S. A 107). Das LG. Leipzig (CBl. f. FG. 1 S. 696) hat sich dagegen gegen die Zulässigkeit des Verzichts, auch in dem Falle des Abs. 2, entschieden, weil ein genereller Verzicht auf die urkundliche Liquidität als ein das publizistische Interesse berührender Beweisvertrag auf Rechtswirksamkeit keinen Anspruch haben könne. Die letztere Ansicht stützt sich auf die Annahme, daß § 1160 ein Beweiserfordernis aufstelle, und fällt mit dieser (vgl. Erl. 5 a). Richtiger ist es mit Fuchs S. 514 Erl. 10 einen Verzicht sowie eine sonstige die Rechte aus § 1160 abändernde Vereinbarung (z. B. über den Ort der Vorlage, vgl. Hachenburg, Vorträge S. 585) sowohl in dem Falle des Abs. 1 wie in dem des Abs. 2 zuzulassen, da schon der Wortlaut des Gesetzes gegen die Auffassung spricht, daß die Bestimmungen zwingende Rechtsnormen seien und die von dem Kammergericht hierfür hinsichtlich des Abs. 2 vorgebrachten Gründe auch für Abs. 1 sprechen

§. 1161. Ist der Eigenthümer der persönliche Schuldner, so finden die Vorschriften des §. 1160 auch auf die Geltendmachung der Forderung Anwendung.

(ebenso Oberneck I S. 925f. und in Z. d. DNotVer. 1901 S. 151ff., Predari S. 236; für den Fall des Abs. 2 auch RG. 57 S. 342 und Müller im Bl. f. RAnw. 1901 S. 5ff., a. M. Kretzschmar im CBl. f. FG. 5 S. 12ff., OLG. Dresden das. S. 19 und für den Fall des Abs. 1 Dernburg III § 215 Ziff. 5, Jaeckel in Gruch. 49 S. 548). Hieraus folgt aber noch nicht die Eintragungsfähigkeit der Vereinbarung, wie das KG. und Fuchs a. a. O. u. a. annehmen. Obligatorische Verpflichtungen des Hypothekbestellers erlangen auch durch Eintragung keine Wirksamkeit gegen dessen Sondernachfolger im Eigentume (vgl. S. 577 Erl. 2a zu § 1137). Die Eintragungsfähigkeit dürfte indessen daraus zu folgern sein, daß eine Vereinbarung der fraglichen Art sich als ein Verzicht des Eigentümers auf eine ihm zustehende verzögerliche Einrede darstellt, sachlich also eine Modifikation der Tilgungsbedingungen enthält, solche Modifikationen aber eintragungsfähig sind (so RG. 57 S. 342; Oberneck a. a. O.; vgl. KG. 20 S. A 308; a. M. Rospatt in JW. 1900 S. 698). Wie bei sonstigen Tilgungsbedingungen (s. oben S. 533 Erl. 5c zu § 1115) kann auch bei dieser die Eintragung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden. Verzichtet der Eigentümer nur für seine Person, nicht für seine Rechtsnachfolger auf die Vorlegung des Briefes &c., so ist die Eintragung unzulässig (Rspr. 10 S. 420).

7. Neben den durch § 1160 gewährten Rechten auf Vorlage des Briefes und der im § 1155 aufgeführten Erwerbsurkunden und unabhängig von ihnen bestehen **die in §§ 1144, 1145 (1150, 1167) festgestellten Rechte** auf Aushändigung der daselbst erwähnten Urkunden; diese können erst bei der Befriedigung des Gläubigers geltend gemacht werden.

§ 1161.

E. I § 1120; II § 1066 rev. § 1145; III § 1144. P. I S. 5335ff., 6242, 6248; M. III S. 760f. P. II Bd. 3 S. 665.

1. **Ausdehnung der Vorschriften des § 1160 auf die Geltendmachung der Forderung.** Die Vorschriften des § 1150 finden nur auf die Geltendmachung der Hypothek, nicht auf die der persönlichen Forderung Anwendung. Dies ändert § 1161 **für den Fall, daß der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner** ist. Begründet ist diese Ausdehnung durch die Erwägung, daß der Fall nicht verschieden geregelt werden könne, je nachdem der Gläubiger den dinglichen oder den persönlichen Anspruch erhebe; dem Eigentümer sollen also, wenn er mit der persönlichen Klage belangt oder wenn der persönliche Anspruch außergerichtlich gegen ihn geltend gemacht wird (s. S. 630 Erl. 5c zu § 1160), nicht weniger Rechte zustehen, als wenn die dingliche Klage angestellt oder die Hypothek außergerichtlich geltend gemacht wäre, während seine Verteidigung umgekehrt gegenüber der dinglichen Klage infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs weit mehr beschränkt ist als gegenüber der persönlichen (vgl. S. 579 Erl. 2 zu § 1138, S. 622 Erl. 2 zu § 1156).

Ob der Eigentümer von vornherein mit dem persönlichen Schuldner identisch gewesen oder ob die Hypothek zunächst für fremde Schuld bestellt und später das Eigentum an dem belasteten Grundstück auf den Schuldner übergegangen ist, ist gleichgültig; es genügt, daß *zu der Zeit der Geltendmachung* der persönlichen Forderung beide dieselbe Person sind, während umgekehrt § 1161 außer Anwendung bleibt, wenn zu dieser Zeit die früher vorhandene Identität nicht mehr vorliegt.

2. **Dem persönlichen Schuldner, der nicht zugleich der Eigentümer des** oder eines der belasteten Grundstücke ist, stehen im Falle der Geltendmachung der persönlichen Forderung nur die aus den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse, insbesondere aus §§ 371, 410, 810 sich ergebenden Rechte zu. Der Gläubiger, der die Forderung durch Abtretung erworben hat, muß zwar die Beobachtung der Formen des § 1154 nachweisen, wenn der Schuldner seine Aktivlegitimation bestreitet; er ist hierbei aber nicht auf die im § 1155 angeführten Urkunden beschränkt. Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so hat auch er unter den im § 1167 angeführten Voraussetzungen die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte auf Aushändigung des Briefes und der zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden &c.

3. Auf **die Grundschuld und die Rentenschuld** findet § 1161 keine Anwendung. Über die Frage, welche Rechte dem persönlichen Schuldner zustehen, wenn neben der Grundschuld eine persönliche Verbindlichkeit besteht, vgl. Erl. 5 zu § 1192.

§. 1162. Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden.

---

§ 1162.

E. I § 1123; II § 1067 rev. § 1146; III § 1145. P. I S. 5351 ff., 12021; M. III S. 762 f. P. II Bd. 3 S. 666. RB. S. 2005.

1. **Kraftloserklärung des Hypothekenbriefs.** „Wenn das Gesetz die Übertragung der Hypothekenforderung von der Übergabe des Hypothekenbriefs und nicht minder die Eintragung einer Veränderung bei der Hypothek von der Vorlegung desselben abhängig macht, so muß es auch dafür Vorsorge treffen, daß der Gläubiger, nachdem die Urkunde verloren gegangen ist, eine neue Urkunde erhalten kann. Da aber der Hypothekenbrief bei der Bedeutung, welche er für das Gläubigerrecht hat, in mehreren gültigen Exemplaren nicht im Verkehr sein darf, so ist im Falle seines Verlustes zunächst seine Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens zu erwirken. Dies ist der Standpunkt aller Gesetze, welche die Hypothek mehr oder weniger eng an die Urkunde anlehnen, namentlich der preuß. GBO. §§ 110—112 und der mecklenb. Gesetze" (M. III S. 762). Demnach ist die Vorschrift des § 1162 eine Folge der oben S. 510 f. Vorbm. 2c und S. 537 Erl. 5 zu § 1116 erörterten Bedeutung des Briefes.

2. Neben der durch § 1162 zugelassenen Kraftloserklärung **des Hypothekenbriefs, des Grundschuld- und des Rentenschuldbriefs** kennt das BGB. auch die Ausschließung eines unbekannten Gläubigers mit seinem Rechte im Wege des Aufgebotsverfahrens; diese ist durch §§ 1170, 1171 geregelt und macht den Brief gleichfalls kraftlos.

3. **Voraussetzung des Aufgebotsverfahrens** zwecks Kraftloserklärung des Briefes ist, daß dieser abhanden gekommen oder vernichtet ist. Der Antragsteller hat diese Tatsache glaubhaft zu machen (CPO. § 1007 Ziff. 2). Ein noch vorhandener, aber stark beschädigter Brief kann auch ohne Aufgebotsverfahren erneuert werden; nach § 67 der GBO. ist dem Antrag auf Erteilung eines neuen Briefes stattzugeben, wenn der bisherige Brief oder in den Fällen der §§ 1162, 1170, 1171 das Ausschlußurteil vorgelegt wird.

4. **Antragsberechtigt** ist derjenige, welcher das Recht aus der Urkunde geltend machen kann (CPO. § 1004 Abs. 2). Die Tatsachen, aus denen sich sein Recht ergibt, hat er glaubhaft zu machen (das. § 1007 Ziff. 2). Ist die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen, so kann auch dieser das Aufgebotsverfahren beantragen. Dem früheren Gläubiger steht alsdann das Antragsrecht nicht mehr zu. Dagegen steht die Löschung der Hypothek nicht immer dem Antragsrechte des Gläubigers entgegen; wenn in einem Zwangsversteigerungsverfahren der auf eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld entfallende Betrag des Erlöses hinterlegt ist, weil der Nachweis des Berechtigten von der Beibringung des Briefes abhängig und dieser abhanden gekommen ist, so kann der Brief im Wege des Aufgebotsverfahrens auch dann für kraftlos erklärt werden, wenn das Recht bereits gelöscht ist (ZVG. § 136).

5. **Zuständig** ist ausschließlich das Amtsgericht der belegenen Sache (CPO. § 1005 Abs. 2). Für den Fall, daß die Briefe über eine Gesamthypothek verloren gegangen sind, welche in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte belegene Grundstücke belastet, hat das RG. 45 S. 388 die entsprechende Anwendung des § 36 Nr. 4 der CPO. für zulässig erklärt, nach welchem das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht das zuständige Amtsgericht zu bestimmen hat.

6. **Das Verfahren** richtet sich nach §§ 1007—1009, 1014—1018, 947—959 der CPO. sowie nach den auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ebenda erlassenen Landesgesetzen, welche die Art der Veröffentlichung und die Aufgebotsfrist abweichend von der CPO. regeln.

7. **Wirkungen.** Das Ausschlußurteil, durch welches der Brief für kraftlos erklärt wird, ist mit seiner Verkündung rechtskräftig (CPO. § 957 Abs. 1) und hat folgende Wirkungen:

a) **Der bisherige Brief** verliert für die Zukunft jede Bedeutung. Auch zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers gilt keine Ausnahme. „Wollte man der behufs Übertragung der Hypothek erfolgten Übergabe eines für kraftlos erklärten Briefes an einen mit der Kraftloserklärung unbekannten Dritten um des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs willen rechtliche Wirkung beimessen, so würde man die Kraft des Ausschlußurteils ganz gegen Zweck und Inhalt desselben abschwächen und die Erteilung eines neuen Hypothekenbriefs zu einer sehr gefährlichen Einrichtung machen" (M. III S. 763). Daß der Brief für kraftlos erklärt sei, muß demnach jeder sich entgegenhalten lassen. Dies steht mit den Grundsätzen des Grundbuchrechts nicht im Widerspruche. Wenn die Kraftloserklärung aus dem Grundbuch erhellt, sei es daß die Erteilung eines neuen Briefes gemäß § 68 Abs. 3 der GBO. oder die nachträgliche Ausschließung der Erteilung

gemäß §§ 1116 Abs. 2, GBO. § 42 Abs. 2 Satz 2 eingetragen ist, kann sich niemand auf den öffentlichen Glauben berufen, da der Inhalt des Grundbuchs stets als bekannt gilt, auch wenn er von dem Inhalte des Briefes abweicht (vgl. S. 584 Erl. 1 zu § 1140). Aber auch wenn das Grundbuch über die Kraftloserklärung keine Auskunft gibt, gilt das gleiche, denn die Kraftloserklärung selbst wird nicht gebucht; daher kann sich kein Erwerber des Briefes darauf verlassen, daß eine Kraftloserklärung nicht erfolgt sei, weil diese aus dem Grundbuche nicht erhelle. Vielmehr muß auch der gutgläubige Erwerber eines für kraftlos erklärten Briefes sich ebenso wie der gutgläubige Erwerber einer für kraftlos erklärten Schuldverschreibung auf den Inhaber den Einwand gefallen lassen, daß die Urkunde für kraftlos erklärt sei (vgl. Bd. II Erl. zu § 796).

b) Auf Grund des Ausschlußurteils kann der Antragsteller die **Erteilung eines neuen Briefes** erwirken. Hierzu bedarf es nur seines (formlosen) Antrags und der Vorlage des Ausschlußurteils (GBO. § 67); die Zustimmung des Eigentümers ist nicht erforderlich. Hinsichtlich des Inhalts des neuen Briefes gibt § 68 der GBO. die Sondervorschrift, daß er die Angabe zu enthalten hat, daß er an die Stelle des bisherigen Briefes tritt. Die weitere Vorschrift, daß die auf dem letzteren stehenden Vermerke, welche nach §§ 1140, 1145, 1157 für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger in Betracht kommen, auf den neuen Brief zu übertragen sind, wird für den Fall der Kraftloserklärung des alten Briefes wenig Bedeutung haben. Schließlich schreibt § 68 Abs. 3 den Vermerk der Erteilung des Briefes im Grundbuche vor (vgl. Achilles-Strecker, GBO. S. 318f. Erl. 2, 3 zu §§ 67, 68).

Der neue Brief tritt völlig an die Stelle des bisherigen Briefes. Seine Erteilung ist erforderlich, um dem Gläubiger die volle Verfügung über die Post zu ermöglichen, wenn auch nicht jede Geltendmachung des Rechtes durch sie bedingt ist (vgl. Erl. c). Anderseits erlangt derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, durch dieses und den neuen Brief nicht mehr Rechte, als ihm vorher zustanden; er muß insbesondere, wenn er nicht Gläubiger sein sollte, den neuen Brief so gut wie den alten dem wahren Gläubiger herausgeben (vgl. Fuchs S. 516 Erl. 5 I c).

c) Im Gegensatze zu dem E. I § 1123, der den Satz enthielt, daß das Recht aus der Hypothek von dem Gläubiger vor der Erteilung des neuen Briefes nicht geltend gemacht werden könne, stellt das Gesetz selbst **nicht für jede Betätigung des Hypothekenrechts die Erneuerung des Briefes als Voraussetzung** auf. Die zweite Kommission, die den erwähnten Satz des E. I gestrichen hat, war darüber einig, daß im Falle der Übertragung oder Belastung der Hypothek ein neuer Brief vorgelegt werden müsse, daß dagegen im übrigen, insbesondere zur Löschung der Hypothek die Vorlegung des Ausschlußurteils als genügend anzusehen sei. In letzterer Hinsicht erachtete man den § 850, jetzt § 1018 der CPO. für genügend (P. II Bd. 3 S. 666). Damit steht die Vorschrift der GBO. § 42 Abs. 2 im Einklange, daß die Vorlegung des Ausschlußurteils genügt, wenn die Erteilung des Briefes nachträglich ausgeschlossen oder die Hypothek gelöscht werden soll, während jede andere Eintragung nur erfolgen soll, wenn auf Grund des Ausschlußurteils die Erteilung eines neuen Briefes beantragt oder der neue Brief vorgelegt wird. Das letztere gilt insbesondere auch für die Eintragung der Abtretung oder der Belastung der Hypothek. Der Erwerber erlangt aber das Recht noch nicht mit der Eintragung, sondern erst mit der Übergabe des Briefes, es sei denn, daß vereinbart ist, daß er sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen lassen dürfe (vgl. S. 612, 615 Erl. 3a und 5 zu § 1154).

Vor allem genügt die Vorlegung des Ausschlußurteils zur Geltendmachung des dinglichen oder persönlichen Anspruchs gegenüber dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner auf Grund des § 1018 Abs. 1 der CPO.: „Derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, ist dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen." Daß diese Vorschrift auch für den hier fraglichen Fall gilt, ergibt sich aus dem oben mitgeteilten Satze der P. II. Die Vorlegung des Ausschlußurteils seitens desjenigen, welcher dasselbe erwirkt hat, ersetzt demnach bei der Geltendmachung der Hypothek gegenüber dem Eigentümer die Vorlage des Briefes und der im § 1155 aufgeführten Urkunden, und zwar insbesondere auch, wenn der Eigentümer von dem Widerspruchsrecht auf Grund der §§ 1160, 1161 Gebrauch macht. Dagegen bleiben die sonstigen Einwendungen und Rechte, insbesondere das Recht auf Aushändigung des Briefes auf Grund des § 1144 (S. 593 Erl. 3a zu § 1144) trotz des Ausschlußurteils bestehen (vgl. Fuchs S. 517 Erl. 5 II).

8. **Wenn auf Grund einer Anfechtungsklage** (CPO. § 957 Abs. 2, § 958) **das Ausschlußurteil aufgehoben wird**, so erlangt der für kraftlos erklärte Brief wieder Wirksamkeit und der etwa erteilte neue Brief wird kraftlos. Der Inhaber des letzteren ist auf Grund des § 894

§. 1163. Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigenthümer zu. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigenthümer die Hypothek.

Eine Hypothek, für welche die Ertheilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigenthümer zu.

---

verpflichtet, die Zustimmung zu der Löschung des Vermerkes, daß ein neuer Brief erteilt sei, zu erklären. Auch ohne seine Zustimmung kann auf Grund des die Aufhebung aussprechenden Urteils die Löschung jenes Vermerkes erfolgen, da durch das Urteil die Unrichtigkeit der Eintragung, daß ein wirksamer neuer Brief erteilt sei, nachgewiesen wird (GBO. § 22). Zu dieser Berichtigung des Grundbuchs ist die Vorlage des neuen Briefes nicht erforderlich, weil der Brief durch das Urteil bereits kraftlos geworden ist. Zur Vermeidung von Täuschungen wird es sich aber empfehlen, daß das Grundbuchamt auf seine Vorlage und Unbrauchbarmachung hinwirkt.

Über die Frage, inwieweit gegenüber dem das Ausschlußurteil aufhebenden Urteil eine Berufung auf guten Glauben zulässig ist, trifft die CPO. im § 1018 Abs. 2 eine Bestimmung: „Wird das Ausschlußurteil infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben, so bleiben die auf Grund des Urteils von dem Verpflichteten bewirkten Leistungen auch Dritten, insbesondere dem Anfechtungskläger, gegenüber wirksam, es sei denn, daß der Verpflichtete zur Zeit der Leistung die Aufhebung des Ausschlußurteils gekannt hat." Der wirkliche Gläubiger muß also eine Zahlung des Eigentümers an denjenigen, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, gegen sich gelten lassen, sofern er nicht beweist, daß der Eigentümer zur Zeit der Zahlung die Aufhebung des Ausschlußurteils gekannt hat. Dieser Kenntnis ist eine Kenntnis von der Nichtberechtigung des Leistungsempfängers gleichzustellen und die Eintragung eines Widerspruchs gegen dessen Recht hat die gleiche Wirkung.

Im übrigen fehlt es an einer Vorschrift über die Bedeutung des guten Glaubens. Wie gegenüber dem Ausschlußurteile nach dem in Erl. 7a Gesagten wird man auch gegenüber dem dieses aufhebenden Urteile die Berufung auf die Unkenntnis des Urteils versagen müssen, soweit es sich nicht um den durch § 1018 Abs. 2 betroffenen Fall einer Leistung des Eigentümers handelt. Wenn also nach dem Erlasse dieses Urteils durch Übergabe des neuen Briefes die Hypothek übertragen oder ein Recht an ihr bestellt wird, nützt die Unkenntnis des Urteils nicht (abw. Oberneck I S. 914). Wer dagegen vor Erlaß dieses Urteils die Hypothek oder ein Recht an ihr unter Übergabe des neuen Briefes erworben hat und durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist, verliert dieses Recht nicht durch die spätere Aufhebung des Ausschlußurteils.

9. Für die **Grundschuldbriefe auf den Inhaber** (§ 1195) gelten, wie im übrigen, so auch hinsichtlich des Aufgebotsverfahrens die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

10. Die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens kann, anders als nach §§ 799, 808, **nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen** werden.

§ 1163.

E. I § 1092, § 1094 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4, § 1097 Abs. 1; II § 1070 rev. § 1147; III § 1146. P. I S. 5183 ff., 5199, 5208 ff., 5218 ff., 5224 ff., 11997; M. III S. 720 ff., 725 ff., 733. P. II Bd. 3 S. 591 ff., 603 ff. D. S. 670.

Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis, in Gruch. 47 S. 306 ff.; Herold im CBl. f. FG. 4 S. 695 ff.; Bruck, Die Eigentümerhypothek (1903); Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, in der Festgabe für Rich. Koch (1903) S. 75 ff.; Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek, im Arch. f. BürgR. 25 S. 222 ff.

1. Mit §§ 1163 beginnen die Vorschriften über die **Eigentümerhypothek**. Die Regelung, welche dieses Institut in dem BGB. gefunden hat, ist oben S. 512 ff. Vorbm. 2e bereits kurz dargestellt.

2. Aus dem dort Gesagten erhellt, daß an sich jede Hypothek geeignet ist, zur Eigentümerhypothek zu werden. **Hierbei ist aber vorausgesetzt, daß eine wirksame Hypothek entstanden ist,** m. a. W., daß die Voraussetzungen für die Begründung eines dinglichen Rechtes gegeben sind. In der zweiten Kommission war beantragt worden, in dem Falle, wenn eine unwirksame Hypothek eingetragen und die Unwirksamkeit nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sei, dem Eigentümer das Recht zu geben, eine andere Hypothek an Stelle der unwirksamen eintragen zu lassen. Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil die Mehrheit der Ansicht war, daß die vorgeschlagene Bestimmung auf einer Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek beruhe und daß kein

praktisches Bedürfnis vorliege, die Rechte des Eigentümers in dem dort vorgeschlagenen Maße zu erweitern (vgl. P. II Bd. 3 S. 603f.). Deshalb fordert die herrschende Meinung als Voraussetzung für die Eigentümerhypothek, daß außer der Eintragung auch eine rechtsgültige Einigung über die Entstehung des dinglichen Rechtes vorliegt. Hiergegen wenden sich Dernburg III S. 648f. § 221 Ziff. II 2, 3, Oberneck I § 116 S. 663ff. und a. a. O. S. 327ff., Goldschmidt im Arch. f. Bürg. R. 20 S. 29ff., Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs (1899) S. 31ff., Fuchs S. 520ff. Vorbm. 5 vor § 1163, S. 666f. Erl. 5 zu § 1196, Bruck a. a. O. S. 165ff.; Kindel a. a. O. S. 101ff. und Willenbücher S. 210 Erl. 4b. Sie weisen auf die Inkonsequenz hin, die darin liege, daß bei Nichtigkeit der Forderung eine Eigentümerhypothek entstehen solle, bei Nichtigkeit der Einigung dagegen nicht, und heben hervor, daß es kaum zu begründen sein dürfte, weshalb der Eigentümer bei nicht empfangener Darlehnsvaluta in die Darlehnshypothek nur einrücken soll, wenn der Gläubiger die Hypothek angenommen, nicht, wenn er sie nicht angenommen hat, und daß es häufig sich nicht erkennen lassen werde, ob nur das Schuldverhältnis oder auch der dingliche Vertrag von Willensmängeln (Zwang rc.) beeinflußt sei; auch auf die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß die Einigung der Eintragung nachfolgen kann, ohne daß hierfür eine zeitliche Schranke gesetzt ist, wird hingewiesen. Diese Umstände lassen es allerdings wünschenswert erscheinen, die Eigentümerhypothek im weiteren Umfange zuzulassen, als die herrschende Ansicht will. Es fragt sich aber, ob dies mit dem BGB. vereinbar ist. Dies bejahen Schilde, Fuchs, Bruck u. a. (vgl. auch Oberneck I S. 664) auf Grund der Erwägung, daß der Eigentümer die Hypothek als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1) erwerbe, daß es daher genügen müsse, wenn die Voraussetzungen einer Eigentümergrundschuld (§ 1196) vorliegen, nämlich die Eintragung und die auf die Entstehung der Eigentümergrundschuld gerichtete einseitige Erklärung des Eigentümers, daß letztere aber in jeder Erklärung, für einen anderen eine Hypothek zu bestellen, rechtsnotwendig enthalten sei, denn in jeder Hypothekbestellung liege zugleich die Bestellung einer eventuell zur Geltung kommenden Eigentümergrundschuld; es genüge daher zur Entstehung der Eigentümerhypothek neben der Eintragung eine an sich gültige Verfügung des Eigentümers, die auch der Eintragung nachfolgen könne; daß der dingliche Vertrag nicht geschlossen, nichtig oder angefochten sei, sei unschädlich. Fuchs fügt hinzu, daß der Wortlaut des BGB. zur Entstehung der Eigentümerhypothek nur verlange, daß die Forderung nicht entstanden oder erloschen, der Brief nicht übergeben, die Hypothek aufgegeben, das Gläubigerrecht ausgeschlossen sei, dagegen nicht, daß die Hypothek als solche gültig bestellt sei. Noch weiter gehen Oberneck und Willenbücher auf Grund ihrer oben S. 513f. angeführten Konstruktion der Eigentümerhypothek; nach ihnen wird schon durch den Formalakt der Eintragung ein dem Eigentümer zustehendes Verwertungsrecht an seinem Grundstücke zu einer besonderen, aber dem Eigentümer verbleibenden Vermögensmasse gemacht, sie verlangen also als Voraussetzung der Eigentümerhypothek lediglich eine formell ordnungsmäßige Eintragung.

Diese Ausführungen können nicht für richtig erachtet werden. Das Gesetz sagt allerdings nicht, daß zur Entstehung der Eigentümerhypothek die gültige Bestellung der Hypothek erforderlich sei, und kann dies auch nicht sagen, weil das Nichtvorhandensein einer gültigen Gläubigerhypothek für den Erwerb der Eigentümerhypothek in den Fällen des Nichtbestehens der Forderung oder der Nichtübergabe des Briefes gerade eine Vorbedingung bildet. Das Gesetz führt aber diejenigen Umstände, welche die Entstehung der Gläubigerhypothek hindern und trotzdem die Hypothek als Eigentümerhypothek bestehen lassen, ausdrücklich an und gibt dadurch zu erkennen, daß das Fehlen dieser zur Begründung des dinglichen Rechtes erforderlichen Momente nur den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger, nicht ihren Übergang auf den Eigentümer hindern, daß aber alle übrigen Voraussetzungen der Entstehung des dinglichen Rechtes auch für Entstehung der Eigentümerhypothek erforderlich sind. Bei einer anderen Auslegung des Gesetzes würde es an jeder Vorschrift über die positiven Voraussetzungen der Eigentümerhypothek fehlen. Insbesondere ist diese im § 1196 nicht enthalten. Vielmehr folgt gerade aus dieser lediglich für die Grundschuld getroffenen Bestimmung sowie aus der Ausnahmevorschrift des § 1188, daß, von dem an letzterer Stelle behandelten Falle der Sicherungshypothek für Forderungen aus Inhaberpapieren abgesehen, das BGB. zur Bestellung einer Hypothek nie eine einseitige Erklärung an Stelle der Einigung für genügend hält (vgl. S. 523 Erl. 4 zu § 1113). Der § 1196 begnügt sich auch nicht mit einer Erklärung, daß der Eigentümer eine Grundschuld erwerben will, sondern verlangt „die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll“; sie muß also auf Eintragung für den Eigentümer und nicht für einen anderen gerichtet sein. Von dem Erfordernisse der Einigung wird in diesem

Falle wie in dem des § 1188 nur deshalb abgesehen, weil eine solche wegen des Fehlens eines Vertragsgenossen nicht möglich ist; soll die Hypothek oder Grundschuld aber für eine bestimmte andere Person eingetragen werden, so bleibt es bei der Regel (übereinstimmend RG. 27 S. A 128).

Mit dem Wortlaute des Gesetzes ist demnach die Ansicht von Fuchs, Schilde, Oberneck rc. unvereinbar. Dies verkennt Dernburg a. a. O. nicht; er empfiehlt nur die analoge Ausdehnung der Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf den Fall der Unwirksamkeit des dinglichen Rechtes. Indessen diese angeblich durch die Rechtskonsequenz gebotene Ausdehnung dürfte auch ihrerseits wieder zu Inkonsequenzen führen. Denn als eine solche wird man es doch wohl bezeichnen können, daß eine von dem Eigentümer für seinen Gläubiger bestellte Hypothek mangels Einigung nicht von diesem, wohl aber von jenem erworben werden soll; man denke hierbei nicht an den Fall, daß der Gläubiger, sondern an den, daß der Eigentümer, der ohne Wissen seines Gläubigers die Eintragung bewirkt hat, den nachträglichen Abschluß des dinglichen Vertrags verweigert. Folgt man der gegenteiligen Ansicht, so kann man auch in anderen Fällen das Erfordernis der Einigung als der Rechtskonsequenz widersprechend beseitigen. Demnach dürfte, wenn auch die Gegengründe de lege ferenda beachtenswert sind, doch de lege lata die herrschende Ansicht allein haltbar sein. Derselben Ansicht sind z. B. RG. 27 S. A 128, Rspr. 5 S. 9, 11 S. 114, Hachenburg, Vorträge S. 530, Beiträge S. 15f.; Turnau-Förster I S. 744f. Erl. II, 1; Boehm S. 238 Ziff. IV; Biermann S. 372 Erl. 6; Predari S. 225f., 296f.; Eccius in Gruch. 45 S. 456.

Demnach ist die Hypothek nichtig und geht nicht auf den Eigentümer über, wenn die Voraussetzungen der Entstehung des dinglichen Rechtes, die Eintragung und die Einigung, nicht vorliegen, ohne Unterschied, ob die erstere völlig fehlt oder nur des wesentlichen Inhalts entbehrt (vgl. S. 528 Erl. 1 zu § 1115), ob die Einigung deshalb nicht vorliegt, weil die Eintragung versehentlich erfolgt ist, ob sie wegen Fehlens oder Nichtigkeit der Erklärung des Eigentümers oder des Gläubigers nicht zustande gekommen oder aus sonstigen Gründen von vornherein oder infolge wirksamer Anfechtung nichtig ist (vgl. Rspr. 5 S. 9 über eine Scheinhypothek, RG. 27 S. A 128 über eine wegen arglistiger Täuschung angefochtene Hypothekbestellung, oben S. 127 Erl. I 2a zu § 888 über eine nach § 883 Abs. 2 unwirksame Hypothek). Eine Besonderheit gilt jedoch für die Zwangs- und Arresthypotheken auf Grund des § 868 CPO. (s. Vorbm. 3d vor § 1184).

Die Folge der Nichtigkeit der Hypothek ist das Aufrücken der nachstehenden dinglichen Rechte. Der Eigentümer hat nicht das Recht, an Stelle der nichtigen Hypothek eine andere eintragen zu lassen; die nachstehenden Berechtigten sind auch nur dann verpflichtet, sich die Eintragung einer neuen Hypothek an Stelle der unwirksamen mit dem Range vor ihren Rechten gefallen zu lassen, wenn diese Verpflichtung nach den Regeln des Rechtes der Schuldverhältnisse begründet ist (vgl. Fuchs S. 522, 523 Erl. 6, 7). Daß die Nichtigkeit wegfällt, wenn die Hypothek in die Hand eines Erwerbers gelangt, der sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Nicht dieselben Wirkungen treten übrigens ein, wenn die Bestellung der Hypothek von dem Konkursverwalter gemäß der KO. §§ 29ff. oder von einem Gläubiger des Hypothekbestellers auf Grund des Reichsgesetzes, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, v. 21. Juli 1879 bzw. 20. Mai 1898 angefochten wird. Zwar geht auch in diesen Fällen die Hypothek nicht auf den Eigentümer über, einerlei, ob man der hier vertretenen oder der abweichenden Ansicht folgt. Die Anfechtung wirkt aber nur zugunsten der Konkursgläubiger oder, wenn sie außerhalb des Konkursverfahrens erfolgt, zugunsten des anfechtenden Gläubigers und hat ein Nachrücken der nachstehenden Hypothekengläubiger, welche die Anfechtung nicht durchgeführt haben, nicht zur Folge (vgl. RG. in Gruch. 25 S. 111, 36 S. 1113; RG. 24 S. 92, 29 S. 182, 47 S. 216).

3. Nicht-Entstehen der Forderung. Liegen die Eintragung und eine rechtsgültige Einigung zwischen dem Eigentümer und dem eingetragenen Gläubiger vor, so steht die Hypothek nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 dem Eigentümer zu, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist und der Gläubiger die Hypothek daher nach dem oben S. 508 Vorbm. 2a Gesagten nicht erworben hat (vgl. auch S. 522 Erl. 2d zu § 1113).

a) Aus welchem Grunde die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, ist gleichgültig; dem Eigentümer steht die Hypothek sowohl dann zu, wenn das Darlehen, zu dessen Sicherung die Hypothek dienen soll, nicht ausbezahlt wird, als auch, wenn der Darlehnsvertrag nichtig oder mit Erfolg angefochten ist oder wenn die Forderung aufschiebend bedingt und die Bedingung

noch nicht eingetreten oder bereits ausgefallen ist ꝛc. Daß mit dem letzteren Falle, dem der Hypothek für eine bedingte Forderung, der Fall der bedingten Hypothek nicht zu verwechseln ist, ist oben S. 524 Erl. 5 zu § 1113 bereits erwähnt. Ist das dingliche Recht aufschiebend bedingt, so entsteht es erst mit dem Eintritte der Bedingung und gelangt nicht zur Entstehung, wenn die Bedingung ausfällt, wird also in diesem Falle nicht zur Eigentümerhypothek (s. RG. in JW. 1902 Beil. S. 222; a. M. Kindel a. a. O. S. 104ff.).

Häufig wird bei einer Darlehnshypothek die Valuta nicht in voller Höhe des Nominalbetrags der Hypothek ausbezahlt, sondern ein Teil vereinbarungsgemäß als besondere Vergütung des Darlehnsgebers von diesem zurückbehalten. In diesem Falle besteht die Forderung in voller Höhe des Nominalbetrags; die Hypothek ist also nicht zum Betrage der Differenz Eigentümergrundschuld (s. Nußbaum, Die Damnohypothek im Arch. f. Bürg. R. 25 S. 62ff.).

b) Die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, muß nicht zur Entstehung gelangt sein. Es kommt demnach nicht darauf an, wie die Forderung im Grundbuche bezeichnet ist; eine unrichtige Bezeichnung hindert weder den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger, wenn die richtige Forderung zur Entstehung gelangt, noch den Erwerb durch den Eigentümer, wenn diese nicht entsteht (vgl. S. 532 Erl. 5a zu § 1115, S. 580 Erl. 3 zu § 1138).

c) Wird eine Hypothek für eine noch nicht bestehende Forderung bestellt, **so steht sie von vornherein** als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1) **dem Eigentümer zu,** und zwar **kraft Gesetzes**; das BGB. gibt dem Eigentümer nicht etwa nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Gläubiger, sondern ohne weiteres das dingliche Recht (s. Bruck a. a. O. S. 217f.). Die Hypothek geht auch nicht etwa erst dann auf den Eigentümer über, wenn das Nichtentstandensein der Forderung endgültig festgestellt wird, sondern sie steht ihm schon seit ihrer Bestellung zu (s. RG. 51 S. 43; a. M. KG. 26 S. A 161). Der Gläubiger erwirbt erst mit der nachträglichen Entstehung der Forderung das Recht, und zwar als Hypothek, von dem Eigentümer. Hierzu bedarf es keiner weiteren Rechtshandlung; mit der Entstehung der Forderung geht die Hypothek auf den als Gläubiger Eingetragenen ohne weiteres über (RG. in Seuff. A. 60 Nr. 151).

d) Die Hypothek steht, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, stets **dem Eigentümer des belasteten Grundstücks zur Zeit der Eintragung der Hypothek** zu und bleibt ihm auch, wenn er das Grundstück veräußert. Dies gilt auch dann, wenn das Nichtentstandensein der Forderung erst nach der Veräußerung des Grundstücks, insbesondere erst nach dem Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren festgestellt wird (RG. 55 S. 217; Jaeckel im CBl. f. FG. 4 S. 203, 279; Oberneck I S. 658f. und in Gruch. 47 S. 330) sowie wenn die Forderung zunächst entstanden, aber infolge wirksamer Anfechtung nichtig geworden ist, da nach § 142 Abs. 2 in diesem Falle das Forderungsrecht als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Aus jenem Satze folgt auch, daß der Gläubiger die Darlehnsvaluta nach der Veräußerung des Grundstücks dem früheren Eigentümer, der für eine eigene Darlehnsschuld Hypothek bestellt hat, und nicht dem Erwerber auszuzahlen hat, um die Hypothek zu erwerben (vgl. oben S. 524 Erl. 5 zu § 1113).

Ist die Hypothek eine Gesamthypothek, so steht sie den Eigentümern aller belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu (§ 1172), und zwar den Eigentümern zur Zeit der Eintragung der Hypothek auf jedem einzelnen Grundstücke. Steht das belastete Grundstück im Miteigentume, so erwerben die Miteigentümer die Hypothek gemeinsam; ihre Anteile oder ihr Rechtsverhältnis an dieser bestimmen sich nach dem für das Miteigentum maßgebenden Rechtsverhältnisse, denn sie erwerben die Hypothek als Eigentümer (s. RG. 51 S. 398 und in CBl. f. FG. 3 S. 817; Reichel in Z. f. CP. 33 S. 86).

4. Der zweite Fall der Eigentümerhypothek ist der des **Erlöschens der Forderung.** Auch in diesem Falle bildet die Gültigkeit des dinglichen Rechtes die Voraussetzung (vgl. Erl. 2).

a) Wodurch das Erlöschen der Forderung herbeigeführt wird, ist nicht völlig bedeutungslos. In einigen Fällen geht nämlich mit dem Erlöschen der Forderung die Hypothek nicht auf den Eigentümer über. Dies ist der Fall, wenn der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück oder den mithaftenden beweglichen Gegenständen befriedigt wird; alsdann erlischt die Hypothek (§ 1181; über die Gesamthypothek vgl. § 1182). Eine zweite Ausnahme gilt bei der Befriedigung des Gläubigers durch den mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldner, wenn dieser von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks (oder von dem Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke) Ersatz verlangen kann. In diesem Falle geht die Hypothek auf den Schuldner insoweit über, als er Ersatz verlangen kann, und verbindet sich mit seiner Ersatzforderung (§ 1164 Abs. 1, § 1174). Diese Ausnahme greift auch Platz, wenn sich Forderung und Schuld in der Person des ersatzberechtigten Schuldners

vereinigen (§ 1164 Abs. 2, § 1174). Zu beachten ist auch, daß in einer Reihe von Fällen mit der Befriedigung des Gläubigers die Forderung mit der Hypothek auf den Befriedigenden übergeht und infolgedessen § 1163 Abs. 1 Satz 2 nicht Platz greift (vgl. S. 589ff. Erl. 1—3 zu § 1143, S. 607 Erl. 4 zu § 1150).

Von der Vorschrift des § 1163 werden demnach getroffen die Fälle der Befriedigung des Gläubigers durch den auch persönlich haftenden Eigentümer, durch den nicht ersatzberechtigten persönlichen Schuldner oder durch einen Dritten, der nicht als Bürge, ausgleichungsberechtigter Gesamtschuldner oder Mitbürge oder als Ablösungsberechtigter die Forderung erwirbt. Ob die Befriedigung durch Zahlung, Annahme an Erfüllungsstatt, Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgt, ist gleichgültig. Als ein Fall der Befriedigung gilt auch der im § 1171 geregelte Fall des Ausschlusses des unbekannten Gläubigers im Aufgebotsverfahren.

Neben der Befriedigung kommen die weiteren Erlöschungsgründe der Forderung in Betracht (vgl. Bd. II S. 207 Vorbm. z. Abschn. 3), z. B. die Vereinigung von Forderung und persönlicher Verbindlichkeit in derselben Person, soweit diese überhaupt das Erlöschen der Forderung herbeiführt (vgl. z. B. § 425 Abs. 2 über das Gesamtschuldverhältnis, Bd. II S. 316 Erl. 2e zu § 425) und soweit nicht die erwähnten Ausnahmebestimmungen der §§ 1164, 1174 Anwendung finden; ferner der Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins, die der Forderung, nicht dem dinglichen Rechte gesetzt waren (vgl. Erl. 3a); der Rücktritt vom Vertrage (§§ 346ff.); die vollzogene Wandelung (nach der Vertragstheorie, s. Bd. II S. 366ff. Erl. 3 zu § 462, S. 377 Erl. 2a zu § 467; a. M. Cohn in JW. 1902 S. 7); der Erlaßvertrag und der negative Anerkenntnisvertrag hinsichtlich der Forderung (§ 397, über den Verzicht auf die Hypothek s. §§ 1168, 1175) 2c.

b) **Ist an Stelle der Forderung eine andere gesetzt** worden (§ 1180), so findet § 1163 Abs. 1 Satz 2 natürlich nur bei dem Erlöschen der neuen Forderung Anwendung.

c) Die Hypothek wird zur Eigentümergrundschuld in dem **Zeitpunkte des Erlöschens der Forderung.** Allerdings ist in der zweiten Kommission die Ansicht vertreten worden, daß, wenn eine Hypothek begründet werde, darin zugleich die Bestellung einer Eigentümerhypothek liege, daß letztere, solange sie mit dem Rechte des Gläubigers belastet sei, nicht geltend gemacht werden könne und mit dem Wegfalle des Rechtes des Gläubigers zur Wirksamkeit gelange und zwar ohne einen Akt der Übertragung (P. II Bd. 3 S. 603). Diese Auffassung, nach welcher durch die Bestellung einer gültigen Hypothek zugleich zwei Hypotheken, eine Gläubiger- und eine Eigentümerhypothek entständen, ist in der Kommission nicht unwidersprochen geblieben und kann auch nicht als richtig anerkannt werden. Nur *eine* Hypothek entsteht. Diese steht, wenn alle Voraussetzungen der Gläubigerhypothek gegeben sind, zunächst dem Gläubiger zu und geht mit dem Erlöschen der Forderung auf den Eigentümer über. In diesem Zeitpunkt erwirbt der Eigentümer die bisher dem Gläubiger zustehende Hypothek; diese wird kraft Gesetzes (vgl. Erl. 3c) auf ihn übertragen und damit in eine Eigentümerhypothek oder richtiger (§ 1177 Abs. 1) in eine Eigentümergrundschuld verwandelt (s. RG. 20 S. A 190, 282, 26 S. A 145, 28 S. A 319; Rspr. 10 S. 388; *Iwand* in DJZ. 1902 S. 221).

d) Die Hypothek geht auf denjenigen über, **welcher zur Zeit des Erlöschens der Forderung Eigentümer des belasteten Grundstücks ist.** Der frühere Eigentümer, welcher nach der Veräußerung des Grundstücks den Gläubiger befriedigt, erwirbt demnach ebensowenig wie der Käufer, der dies vor seiner Eintragung als Eigentümer (wenn auch nach der Auflassung, s. S. 590 Erl. 2a zu § 1143) tut, auf Grund des § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Hypothek. Andererseits verliert der Eigentümer zur Zeit des Erlöschens der Forderung sein Recht nicht durch eine spätere Veräußerung seines Grundstücks (RG. 26 S. A 300, 28 S. A 133).

Ist die Hypothek eine *Gesamthypothek*, so finden die Sondervorschriften der §§ 1172, 1173 Anwendung. Steht das allein belastete Grundstück im *Miteigentume*, so gilt das in Erl. 3d Gesagte.

5. Einen dritten Fall der Eigentümerhypothek enthält § 1163 Abs. 2. Danach steht dem Eigentümer **die Briefhypothek bis zur Übergabe des Briefes** an den Gläubiger zu. Dieser Satz steht mit der Vorschrift des § 1117 im Zusammenhang und ist in den Erl. zu diesem Paragraphen (oben S. 537ff.) bereits erörtert. Aus § 1117 Abs. 2 ergibt sich, daß, trotzdem die Übergabe des Briefes noch nicht erfolgt ist, die Hypothek dem Gläubiger zusteht, wenn zwischen ihm und dem Eigentümer vereinbart ist, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen.

Wie in dem Falle des Nichtentstehens der Forderung (vgl. Erl. 3c, d), steht auch in diesem die Hypothek von vornherein als Grundschuld dem Eigentümer des Grundstücks zur Zeit der

Eintragung der Hypothek zu. Sie geht auf den Gläubiger über, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer übergeben oder die obige Vereinbarung zwischen diesen beiden getroffen wird. Außerdem muß nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 auch die Forderung entstanden sein; sonst bleibt die Hypothek trotz der Übergabe des Briefes Eigentümergrundschuld.

6. **Ausnahmen und Sondervorschriften.** Die Vorschriften des § 1163 gelten, auch abgesehen von der Gesamthypothek, für welche die Sondervorschriften der §§ 1172—1175 in Betracht kommen, nicht ausnahmslos. Zwar ist im Gegensatze zu dem bisherigen preuß. Rechte (Eig.Erw.Ges. § 67) auch die Kautionshypothek (Maximalhypothek, § 1190) wie jede Sicherungshypothek Gegenstand der Eigentümerhypothek; natürlich kann aber bei dieser wie bei allen Buchhypotheken der Fall des § 1163 Abs. 2 nicht in Betracht kommen. Für die Zwangs- und Arresthypotheken gilt die Sondervorschrift des § 868 CPO. (s. Vorbm. 3d vor § 1184); daneben kommt auch für sie der § 1163 Abs. 1, insbesondere auch Satz 2 zur Anwendung (s. P. II Bd. 3 S. 706f.; Kretzschmar im CBl. f. FG. 4 S. 445; a. M. Rspr. 11 S. 114; Bruck a. a. O. S. 178f.; Predari S. 356f.; Gaupp-Stein, CPO. II S. 672 Erl. II zu § 868). Auf die Grundschuld findet zwar die Vorschrift des Abs. 2, aber nicht die des Abs. 1 Anwendung, da für sie die Forderung ohne Bedeutung ist. Der Eigentümer erwirbt die Grundschuld nur, wenn er den Gläubiger befriedigt, nicht bei einem sonstigen Erlöschen der Forderung, die zu der Bestellung der Grundschuld den Anlaß gab.

Dagegen bildet nie einen Gegenstand der Eigentümerhypothek die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für die dem Gläubiger zu erstattenden Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (§ 1178). Daß auf die Hypothekenvormerkungen die Vorschriften über die Eigentümerhypotheken keine Anwendung finden, ist oben S. 119 Erl. 3m zu § 883 bereits erwähnt (s. darüber noch Sekler, Vormerkung S. 156f.; andererseits Bruck a. a. O. S. 170ff., Kindel a. a. O. S. 107, Oberneck I S. 660 § 115 Ziff. 6).

Eine Ausnahme von den Vorschriften des Abs. 1 ergibt sich auch infolge der Erstreckung des Schutzes des öffentlichen Glaubens auf die Forderung (§ 1138). Danach kann eine nie entstandene oder wieder erloschene Forderung zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers als rechtsbeständig gelten und die Hypothek als Gläubigerhypothek und nicht als Eigentümergrundschuld bestehen (vgl. S. 581 Erl. 4 zu § 1138).

Dagegen kann die Entstehung der Eigentümergrundschuld nicht im voraus mit dinglicher Wirkung durch Vereinbarung ausgeschlossen werden (s. Oberneck in Gruch. 47 S. 336; über die Wirksamkeit eines obligatorischen Verzichts RG. 52 S. 5 und insbesondere im Konkurse des Eigentümers Rspr. 5 S. 8, 6 S. 269). Einen Ersatz gewährt die im § 1179 geregelte Vormerkung zur Sicherung des obligatorischen Anspruchs auf Löschung (vgl. Erl. 1 zu § 1179). Außerdem kann das Entstehen der gesicherten Forderung als aufschiebende und deren Erlöschen als auflösende Bedingung für das dingliche Recht gesetzt und so die Entstehung der Eigentümerhypothek auf Grund des § 1163 Abs. 1 vermieden werden (s. Erl. 3a; Biermann S. 301 Erl. zu § 1113).

Bei den Amortisationsdarlehen der landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten in Preußen gilt auf Grund des durch Art. 167 des EG. aufrechterhaltenen Sonderrechts insofern eine Ausnahme, als hier der Eigentümer zur Verfügung über den amortisierten Teil des Kapitals vor der völligen Tilgung des letzteren oder vor einer satzungsgemäß zugelassenen Aufrechnung des Darlehens gegen das Guthaben des Schuldners an dem Amortisationsfonds nicht berechtigt ist (s. RG. 20 S. A 206, 319, 23 S. A 146; Rspr. 8 S. 6; Heuer in DJZ. 1904 S. 988; Achilles-Strecker Erl. 4b zu Art. 21 des AG. z. GBO.; für Mecklenburg vgl. Radloff in Meckl. Z. 22 S. 291ff., 370ff.). Für Amortisationsdarlehen anderer Gläubiger gilt dagegen nichts Besonderes (s. Hyp.BankGes. § 21 Abs. 2; Rspr. 6 S. 148; DJZ. 1904 S. 319; Württ. Jahrb. 17 S. 47; a. M. Kretzschmar in DJZ. 1903 S. 331ff., CBl. f. FG. 4 S. 323).

7. Über den **Inhalt der Eigentümerhypothek und die Legitimation des Eigentümers** als Gläubiger vgl. § 1177 nebst Erl. und über den **Rang einer Eigentümerteilhypothek** §§ 1164, 1176.

8. **Übergangsbestimmungen.** Über die Frage, inwieweit die Neuerungen des § 1163 im Verhältnisse zu dem bisherigen Rechte auf die zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechtes bereits bestehenden Hypotheken einwirken, vgl. Bd. VI S. 386f. Erl. 3, S. 388 Erl. 5 zu EG. Art. 192.

§. 1164. Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigenthümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigenthümers Ersatz verlangen kann. Ist dem Schuldner nur theilweise Ersatz zu leisten, so kann der Eigenthümer die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen ist, nicht zum Nachtheile der Hypothek des Schuldners geltend machen.

Der Befriedigung des Gläubigers steht es gleich, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen.

---

§ 1164.

E. II § 1071 rev. § 1148; III § 1147. P. I S. 5190, 5194, 5218 ff.; M. III S. 722 f. P. II Bd. 1 S. 418 f.; Bd. 3 S. 605, 630, 636, 727 f. D. S. 670, 672.

1. Übergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner. Die von der zweiten Kommission eingeschaltete Bestimmung des § 1164 macht nach dem Vorgange des sächsischen Rechtes (vgl. M. III S. 722, D. S. 672) aus Billigkeitsgründen Ausnahmen von der Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2. In den in Abs. 1, 2 angeführten beiden Fällen des Erlöschens der Forderung soll die Hypothek nicht auf den Eigentümer, sondern auf den persönlichen Schuldner übergehen.

2. Voraussetzung für diese Ausnahmebestimmung ist,

a) daß der persönliche Schuldner und der Eigentümer des belasteten Grundstücks verschiedene Personen sind (s. S. 590 Erl. 2b zu § 1143). Im Falle ihrer Identität verbleibt es bei der Regel des § 1163;

b) daß der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt oder daß sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen. Wenn nicht der persönliche Schuldner, sondern der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, kommt § 1143 zur Anwendung, und wenn die Befriedigung durch einen Dritten geschieht, tritt die Regel des § 1163 Abs. 1 Satz 2 ein, sofern nicht einer der in Erl. 1 zu § 1143 (S. 589) erwähnten oder von § 1150 betroffenen Ausnahmefälle vorliegt. Auf welche Weise die Befriedigung erfolgt, ist ohne Belang.

Die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person tritt vor allem dadurch ein, daß der Schuldner den Gläubiger oder dieser jenen beerbt (vgl. Bd. II S. 207 Vorbm. z. Abschn. 3, S. 316 Erl. 2e zu § 425);

c) daß der persönliche Schuldner von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann. „Ein solcher Fall ist namentlich gegeben, wenn bei der Veräußerung eines Grundstücks, das mit einer Hypothek für eine Schuld des Veräußerers belastet ist, die Übernahme der Schuld durch den Erwerber vereinbart war, die persönliche Haftung des Veräußerers jedoch fortbesteht, weil die Schuldübernahme nicht zustande gekommen ist" (D. S. 672). Über diesen, auch in den M. III S. 722 f. und den P. II Bd. 1 S. 418 f. hervorgehobenen Hauptfall vgl. Bd. II S. 298 ff. Erl. 7 zu § 415, Erl. zu § 416. Ein anderer Fall kann auf Grund der Vorschriften der §§ 2166—2168 praktisch werden; wenn nämlich der Erbe die auf einem vermachten Grundstücke lastende Hypothekenforderung tilgt, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als sie durch den Grundstückswert gedeckt und daher nach der Auslegungsregel des § 2166 der Vermächtnisnehmer zur Befriedigung des Gläubigers dem Erben gegenüber verpflichtet war (Bd. V Erl. zu § 2166). Auch den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen kann man hierher rechnen, aber nur dann, wenn die Hypothek für die Bürgschaftsschuld bestellt, der Bürge daher der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung und der Eigentümer der Hauptschuldner ist; besteht dagegen die Hypothek für die Forderung gegen den letzteren, so findet § 1164 keine Anwendung, weil mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen die Forderung nicht erlischt, sondern mit der Hypothek nach §§ 774, 1153 auf den Bürgen übergeht. Ein weiteres Beispiel in RG. 53 S. 378.

Ob der Ersatzanspruch gegen den jetzigen oder einen früheren Eigentümer gerichtet ist, macht keinen Unterschied. Der jetzige Eigentümer muß also auch eine bloß obligatorische Verpflichtung seines Rechtsvorgängers, in welche er nicht eingetreten ist, insofern gegen sich gelten lassen, als ihm durch sie in Höhe und bis zur Tilgung des Ersatzanspruchs der Erwerb der Hypothek abgeschnitten wird.

Das Bestehen des Ersatzanspruchs ist von dem persönlichen Schuldner zu beweisen.

3. Wirkung. Unter diesen Voraussetzungen geht die Hypothek mit dem Untergange der Forderung nicht auf den Eigentümer, sondern auf den persönlichen Schuldner über, und zwar

ohne Abtretung und nicht als Grundschuld, sondern als Hypothek. Sie verbindet sich kraft Gesetzes mit der Ersatzforderung des persönlichen Schuldners gegen den Eigentümer. Diese Ansicht ist allerdings nicht unbestritten. Von der zweiten Kommission wurden Anträge auf Aufnahme von Vorschriften, daß die Hypothek sich in eine Sicherungshypothek für die Ersatzforderung oder daß sie sich in eine Grundschuld verwandeln sollte, abgelehnt, der erstere auf Grund der Erwägung, daß dem persönlichen Schuldner mit einer Sicherungshypothek in der Regel nicht gedient sein werde; man hielt es für am richtigsten, es bei den allgemeinen Grundsätzen zu belassen, aus denen sich ergebe, daß der ersatzberechtigte Schuldner die Hypothek so, wie sie bisher bestanden habe, erwerbe; ob bei dieser Auffassung der Fortbestand der durch die Befriedigung des Gläubigers getilgten Forderung zu fingieren sei, könne der juristischen Konstruktion überlassen bleiben (vgl. P. II Bd. 3 S. 727 f.). Auf Grund dieser Ausführungen nehmen Turnau-Förster I S. 753 Erl. 2, Kretzschmar I S. 329 und Willenbücher S. 213 Erl. 2 an, daß der Schuldner die Hypothek ohne Forderung erwerbe. Richtig ist es allerdings, daß die Forderung auf den Schuldner nicht mit übergeht (a. M. Fuchs S. 531 Erl. 6, Predari S. 240 Anm. 22 nach Analogie des § 426 Abs. 2), sie ist durch die Befriedigung oder die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person erloschen; deshalb spricht § 1164, anders als § 1143, nicht von dem Übergange der Forderung, sondern von dem der Hypothek. Anderseits bleibt das dingliche Recht Hypothek und verwandelt sich nicht in eine Grundschuld, da es für diesen Fall an einer Vorschrift fehlt, wie sie § 1177 für die Eigentümerhypothek trifft. Dem BGB. ist nun aber, wie oben S. 508 Vorbm. 2a ausgeführt, eine Hypothek ohne eine persönliche Forderung unbekannt. Deshalb muß entweder das Fortbestehen der erloschenen Forderung fingiert werden (vgl. S. 581 Erl. 4 zu § 1138) oder eine neue Forderung an deren Stelle treten. Da nun die Hypothek dem Schuldner nur für seine Ersatzforderung, deren Bestehen Voraussetzung des Überganges der Hypothek bildet, Sicherheit gewähren soll, erscheint die oben vertretene Ansicht richtiger (s. Hachenburg, Vorträge S. 572 f.; Oberneck I § 139 Ziff. 3 S. 828).

Hieraus folgt, daß der Eigentümer gegen den bisherigen persönlichen Schuldner auf Grund des § 1137 zwar nicht die Einreden aus dem Schuldverhältnisse, das zwischen dem befriedigten Gläubiger und dem bisherigen persönlichen Schuldner bestand, geltend machen kann, wohl aber diejenigen, welche dem bisherigen Schuldner gegenüber dem Regreßpflichtigen zustehen. Wie der Eigentümer das Bestehen einer Ersatzforderung und damit den Übergang der Hypothek überhaupt bestreiten kann, so muß er auch befugt sein, die dem Ersatzpflichtigen gegen diese zustehenden Einreden zu benutzen. Auch diese Erwägung spricht für die obige Ansicht. Mit dieser Maßgabe findet § 1137 auf den vorliegenden Fall Anwendung. Außerdem muß sich der persönliche Schuldner auch Einwendungen gegen die Gültigkeit des dinglichen Rechtes sowie Einreden aus dem zwischen ihm und dem Eigentümer bestehenden Rechtsverhältnisse (S. 576 f. Erl. 2a, b zu § 1137) und auch Einreden aus einem Rechtsverhältnisse zwischen dem Eigentümer und dem befriedigten Gläubiger (§ 1157) gefallen lassen, soweit ihm nicht nach dem oben S. 136 Erl. II 1d zu § 892 Gesagten der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf Grund des § 893 zugute kommt (a. M. Biermann S. 375 Erl. 2); der § 892 kommt hier nicht zur Anwendung (a. M. Boehm S. 245 Erl. III B; Hachenburg, Vorträge S. 573).

Die Art der Hypothek wird durch den Übergang nicht geändert. Die Verkehrshypothek verwandelt sich nicht in eine Sicherungshypothek und letztere nicht in eine Verkehrshypothek; auch auf die Erteilung des Briefes oder deren Ausschließung ist der Übergang ohne Einfluß.

4. Die Hypothek geht auf den persönlichen Schuldner **nur insoweit über, als** er Ersatz verlangen kann. Kann er also z. B. nur die Hälfte des gezahlten Betrags verlangen, so erwirbt er, wenn er die ganze Hypothekenforderung von 1000 Mark getilgt oder den Gläubiger allein beerbt hat, die Hypothek nur in Höhe von 500 Mark; im übrigen wird die Hypothek nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 Eigentümergrundschuld. Für diesen Fall trifft § 1164 Abs. 1 Satz 2 die Vorschrift, daß die Eigentümergrundschuld nicht zum Nachteile der Hypothek des Schuldners geltend gemacht werden kann, die erstere also der letzteren im Range nachsteht (vgl. S. 592 Erl. 3d zu § 1143, Bd. II Erl. zu § 774).

Ist der Gläubiger von dem persönlichen Schuldner nur zum Teil befriedigt, so geht die Resthypothek des Gläubigers der des Schuldners vor (§ 1176).

5. **Vorschriften zur Sicherung des Schuldners.** Da der persönliche Schuldner nicht bloß einen obligatorischen Anspruch auf Abtretung der Hypothek hat, sondern die Hypothek kraft Gesetzes erwirbt, ist sein Recht durch seine Eintragung als Gläubiger in das Grundbuch nicht bedingt.

§. 1165. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sie nach §. 1183 auf oder räumt er einem anderen Rechte den Vorrang ein, so wird der persönliche Schuldner insoweit frei, als er ohne diese Verfügung nach §. 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können.

Da sie aber für ihn von Wert ist und Vorbedingung für grundbuchrechtliche Verfügungen bildet, gewährt ihm § 1167 die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte (vgl. die Erl. zu § 1167).

Zum Schutze des Schuldners dienen ferner die Vorschriften der §§ 1165, 1166.

6. **Eine vertragsmäßige Verpflichtung des Schuldners die Hypothek löschen zu lassen,** wenn sie auf Grund des § 1164 auf ihn übergehen sollte, hat keine dingliche Wirkung und kann nicht durch eine Vormerkung gesichert werden, bevor der Übergang der Hypothek auf den Schuldner erfolgt ist. Dies folgt aus den Gründen, die zur Aufnahme der Sondervorschrift des § 1179 (s. Erl. 1 zu § 1179) geführt haben (im Ergebnis übereinstimmend Bayer. ObLG. 3 S. 329, Oberneck in Gruch. 47 S. 338).

7. Die Bestimmungen des § 1164 finden sowohl auf die **Verkehrshypothek,** wie auch auf die **Sicherungshypothek,** auf die Buch- wie auf die Briefhypothek Anwendung. Dagegen sind sie auf die **Grundschulden** und die **Rentenschulden** unanwendbar, da bei diesen eine persönliche Forderung und damit auch ein persönlicher Schuldner nicht in Betracht kommt.

Für Gesamthypotheken trifft § 1174 Sonderbestimmungen.

8. Über die Anwendbarkeit des § 1164 in der **Übergangszeit** s. RG. 53 S. 381.

§ 1165.

E. II § 1072 rev. § 1149; III § 1148. P. II Bd. 3 S. 609 f., 636. D. S. 672.

1. **Befreiung des ersatzberechtigten Schuldners bei Verzicht, Aufhebung oder Rangverschlechterung der Hypothek.** Die Vorschrift des § 1165 steht mit der des § 1164 in unmittelbarem Zusammenhange. Der Zweck der letzteren Bestimmung würde vereitelt werden, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichten, sie aufheben oder einem anderen Rechte den Vorrang einräumen könnte, ohne daß dadurch sein Recht gegen den persönlichen Schuldner beeinflußt würde. Die Billigkeit erfordert, daß der Schuldner insoweit frei wird, als der Gläubiger durch seine Verfügungen verhindert, daß der Schuldner, wenn er zahlt, zur Sicherung seines Ersatzanspruchs gegen den Eigentümer die Hypothek mit dem ursprünglichen Range erwirbt (P. II Bd. 3 S. 610). Die Vorschrift entspricht der für die Bürgschaft geltenden Bestimmung des § 776. Für den Hauptanwendungsfall des § 1164, den Fall einer vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme (vgl. S. 641 Erl. 2c zu § 1164), galt ähnliches schon nach dem bisherigen preußischen Rechte (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 196 ff. Erl. 9b zu § 35 des Eig.Erw.Ges., RG. 28 S. 187).

2. **Die Voraussetzungen** für die Anwendung des § 1165 ergeben sich zunächst aus § 1164: Der persönliche Schuldner und der Eigentümer müssen verschiedene Personen sein und dem ersteren muß gegen diesen oder gegen einen Rechtsvorgänger des Eigentümers ein Ersatzanspruch zustehen (vgl. S. 641 Erl. 2a, c zu § 1164). Hierzu müssen als weitere Voraussetzungen hinzukommen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168) oder sie aufgehoben (§ 1183) oder ihren Rang verschlechtert (§ 880) oder sie mit einer anderen Forderung verknüpft (Erl. 3e zu § 1180) hat, und daß der Schuldner aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können, wenn der Gläubiger nicht in der angegebenen Weise über sie verfügt hätte. Insoweit also die Hypothek auch ohne diese Verfügung infolge ihres Ranges oder des geringen Wertes des Grundstücks dem Schuldner keine Befriedigung für seine Ersatzforderung gewährt haben würde, tritt eine Befreiung des Schuldners nicht ein. Dagegen ist es ohne Belang, ob der persönliche Schuldner für seine Ersatzforderung Befriedigung aus dem sonstigen Vermögen des Ersatzpflichtigen erzielen kann; zur Anwendung des § 1165 genügt es, daß er infolge der Verfügung aus der Hypothek keinen Ersatz erlangen kann. Der Gläubiger kann also die auf § 1165 gestützte Einwendung nicht damit schlagen, daß er den Schuldner auf das sonstige Vermögen des diesem Verpflichteten verweist und behauptet, daß dieses zur Befriedigung des Schuldners ausreiche.

Daß bei der Inanspruchnahme des persönlichen Schuldners die Hypothek bereits infolge Ausfalls bei der Zwangsversteigerung erloschen ist und deshalb nicht mehr nach § 1164 auf den Schuldner übergehen kann, steht der Anwendung des § 1165 nicht entgegen (RG. 58 S. 425). Als ein Verzicht auf die Hypothek im Sinne des § 1165 ist es aber nicht anzusehen, wenn der

§. 1166. Ist der persönliche Schuldner berechtigt, von dem Eigenthümer Ersatz zu verlangen, falls er den Gläubiger befriedigt, so kann er, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt, ohne ihn unverzüglich zu benachrichtigen, die Befriedigung des Gläubigers wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern, als er in Folge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet. Die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist.

Gläubiger die Veräußerung und Wegschaffung des Inventars von dem belasteten Grundstücke nicht gehindert, sondern gestattet und genehmigt hat (RG. a. a. O.).

Die Beweislast hinsichtlich dieser Voraussetzungen trifft den persönlichen Schuldner.

3. **Die Wirkung** der Verfügung des Gläubigers besteht in dem Erlöschen der persönlichen Schuld, und zwar ohne Unterschied, welchen Ursprung und Inhalt das Schuldverhältnis hat (RG. 53 S. 378). Der Wortlaut des § 1165 (im Vergleiche zu dem des § 1166 z. B.) läßt keinen Zweifel darüber, daß infolge der Verfügung der Schuldner ohne weiteres frei wird, daß ihm also nicht nur ein Gegenrecht, eine materiellrechtliche Einrede gewährt wird (a. M. Fuchs S. 533 Erl. 4, Staudinger III S. 476 Erl. b). Die Befreiung tritt aber nur insoweit ein, als er ohne die Verfügung Ersatz hätte erlangen können (vgl. Erl. 2, S. 642 Erl. 4 zu § 1164).

Befriedigt der Schuldner den Gläubiger in Unkenntnis seiner Verfügung, so kann er das Gezahlte nach §§ 812, 814 zurückfordern.

4. Die Vorschrift des § 1165 findet auch Anwendung, wenn die Hypothek eine **Gesamthypothek** ist (§ 1174). Im übrigen gilt das in Erl. 7 zu § 1164 (S. 643) Gesagte auch hier.

5. **Übergangsvorschrift.** Bei dem innigen Zusammenhange des § 1165 mit dem § 1164 muß die Anwendbarkeit des letzteren auf die vor dem Inkrafttreten des Reichsgrundbuchrechts begründeten Hypotheken notwendig die des § 1165 im Gefolge haben, ohne Unterschied, ob die Schuldverhältnisse vor oder nach dem 1. Januar 1900 entstanden ist (RG. 53 S. 378).

§ 1166.

E. II § 1073 rev. § 1150; III § 1149. P. II Bd. 3 S. 611 ff. D. S. 672.

1. **Pflicht des betreibenden Gläubigers zur Benachrichtigung des ersatzberechtigten Schuldners von der Zwangsversteigerung.** Wie § 1165, so bezweckt auch § 1166 den Schutz des mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldners, dem ein Ersatzanspruch gegen den Eigentümer zusteht. Da es vorkommt, daß der Gläubiger für seine Hypothekenforderung, obwohl diese durchaus sicher ist, bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks mangels einer gehörigen Beteiligung beim Bieten nicht voll befriedigt wird und nun den persönlichen Schuldner wegen des Ausfalls in Anspruch nimmt, erfordert es die Billigkeit, daß der Gläubiger den Schuldner von der Zwangsversteigerung benachrichtigt, damit dieser Gelegenheit hat, durch eigenes Mitbieten oder durch Herbeischaffung anderer Bieter den Ausfall der Hypothek des Gläubigers zu verhindern (P. II Bd. 3 S. 612; D. S. 672; s. auch Schneider im Recht 1903 S. 413). Deshalb legt § 1166 dem betreibenden Gläubiger die Verpflichtung zur Benachrichtigung des Schuldners auf.

2. **Nur demjenigen Gläubiger, welcher die Zwangsversteigerung betreibt,** ist die Benachrichtigungspflicht auferlegt. Die ihm gleich- oder nachstehenden Hypothekengläubiger sind nicht verpflichtet, ihren persönlichen Schuldnern von dem Zwangsversteigerungsverfahren Nachricht zu geben (vgl. P. II a. a. O.; RG. in JW. 1902 Beil. S. 222). Betreibender Gläubiger ist aber auch derjenige, dessen Beitritt zugelassen ist (ZVG. § 27; RG. in Z. f. RPfl. in Bay. 1905 S. 27; Rspr. 8 S. 144).

Auf den Fall des Privatverkaufs (§ 1149) ist der § 1166 entsprechend anzuwenden (a. M. Fuchs S. 534 Erl. 1).

3. Die **Pflicht** des betreibenden Gläubigers **geht dahin,** den persönlichen Schuldner unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1) zu benachrichtigen, nachdem ihm der die Zwangsversteigerung anordnende Beschluß zugestellt oder verkündet ist. Daß er ihm schon nach der Einreichung des Versteigerungsantrags Nachricht gibt, ist nicht erforderlich; er darf erst die Entscheidung über diesen abwarten, weil die Benachrichtigung zwecklos ist, wenn der Antrag zurückgewiesen wird.

Ein besonderer Inhalt der Mitteilung ist nicht vorgeschrieben. Die Nachricht, daß die Zwangsversteigerung auf Antrag des Gläubigers angeordnet sei, genügt. Der Schuldner ist

§. 1167. Erwirbt der persönliche Schuldner, falls er den Gläubiger befriedigt die Hypothek oder hat er im Falle der Befriedigung ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs, so stehen ihm die in den §§. 1144, 1145 bestimmten Rechte zu.

---

dann in der Lage, sich nach den Einzelheiten, insbesondere auch nach dem Versteigerungstermine zu erkundigen (a. M. Fuchs S. 534 Erl. 2c).

Ausnahmsweise fällt die Pflicht zur Benachrichtigung fort, wenn sie untunlich, d. h. wenn dem Gläubiger die Person oder der Aufenthalt des Schuldners unbekannt ist (P. II a. a. O.).

4. **Folgen der Unterlassung.** Die Unterlassung der Benachrichtigung hat für den Gläubiger nicht den Verlust seines persönlichen Anspruchs zur Folge. Er erleidet nur den Rechtsnachteil, daß der Schuldner den Betrag des ihm durch die Unterlassung entstandenen Schadens von der Forderung des Gläubigers abziehen kann.

a) Demnach braucht der Gläubiger nicht zur Begründung seiner persönlichen Klage auf den Ausfall, den er bei der Zwangsversteigerung erlitten hat, die rechtzeitige Benachrichtigung zu behaupten, sondern Sache des Schuldners ist es, im Wege einer **Einrede** (a. M. RG. 54 S. 369) geltend zu machen, daß er von der Zwangsversteigerung nicht benachrichtigt sei und daß er sonst in der Lage gewesen wäre, durch Mitbieten oder Herbeischaffung anderer Bieter ein höheres Gebot zu erzielen und dadurch den Ausfall des Gläubigers zu verringern oder zu verhindern. Letzteres ist von dem Schuldner zu beweisen (vgl. RG. 54 S. 374). Dagegen liegt dem Gläubiger der Beweis ob, daß er den Schuldner entgegen dessen Behauptung unverzüglich benachrichtigt habe (RG. 54 S. 369; a. M. hinsichtlich der Benachrichtigung selbst Biermann S. 377, hinsichtlich dieser und der Unverzüglichkeit Fuchs S. 535 Erl. 3) oder daß die Benachrichtigung untunlich gewesen oder daß dem Schuldner die Zwangsversteigerung rechtzeitig auf andere Weise bekannt geworden sei. Daß auch die Kenntnis des Schuldners von der Zwangsversteigerung die Ersatzpflicht ausschließt, wird in den P. II Bd. 3 S. 613 als selbstverständlich bezeichnet, weil sie den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Unterlassung des Gläubigers und dem Schaden des Schuldners aufhebe. Dagegen ist eine Replik des Gläubigers, daß die Benachrichtigung ohne sein Verschulden unterblieben sei, nicht zugelassen (a. M. Fuchs S. 535 Erl. 2c).

Wenn das bei der Zwangsversteigerung erzielte Meistgebot dem wirklichen Werte des versteigerten Grundstücks entspricht, so ist regelmäßig ein Schaden für den persönlichen Schuldner nicht erwachsen (RG. im Recht 1904 S. 631).

b) Weiter hat der Schuldner zu behaupten und zu beweisen, daß er eine **Ersatzforderung** gegen den Eigentümer hat. Denn nur in diesem Falle steht ihm nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1166 die Einrede zu. Begründet ist diese Einschränkung damit, daß der Schuldner, welcher im Falle voller Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke dem Eigentümer den Betrag der Forderung erstatten müsse, keinen Schaden habe, wenn im Falle teilweisen Ausfalls der Gläubiger den ausgefallenen Teil der Forderung von ihm verlange (P. II a. a. O.). Nach ihrem Wortlaute findet die Vorschrift des § 1166 (anders als § 1164) selbst dann keine Anwendung, wenn der Schuldner von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann; indessen dürfte die Gleichheit des Grundes für die analoge Ausdehnung sprechen (s. RG. in Z. f. RPfl. in Bay. 1905 S. 27).

5. **Ein Verzicht** des persönlichen Schuldners auf die ihm durch § 1166 gewährten Rechte ist zulässig, aber, da es sich lediglich um das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner handelt, nicht eintragungsfähig (a. M. in dem letzten Punkte Oberneck I S. 832).

6. Wie die Bestimmung des § 1165, ist auch die des § 1166 auf **alle Arten der Hypotheken**, einschließlich der **Gesamthypotheken**, anwendbar, dagegen **nicht** auf **Grundschulden und Rentenschulden.**

7. Über die Anwendbarkeit des § 1166 in der **Übergangszeit** s. Rspr. 8 S. 144 und S. 644 Erl. 5 zu § 1165.

§ 1167.

E. I § 1096 Abs. 2, § 1119; II § 1074 rev. § 1151; III § 1150. P. I S. 5307 ff., 5335 ff., 6242, 6248, 11997 ff., 12020 f.; M. III S. 731 f., 760. P. II Bd. 3 S. 610, 665.

1. **Recht des persönlichen Schuldners auf den Hypothekenbrief und die zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Urkunden.** Der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung ist nach den sonstigen Vorschriften nur berechtigt, gegen Befriedigung des Gläubigers eine Quittung

gemäß § 368 und die Rückgabe des Schuldscheins oder, wenn der Gläubiger zu dessen Rückgabe außerstande zu sein behauptet, das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis, daß die Schuld erloschen sei (§ 371), zu fordern. Ist die Forderung durch Abtretung oder kraft Gesetzes auf den jetzigen Gläubiger übergegangen, so ist der Schuldner nach §§ 410, 412 nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung oder über die Anerkennung des kraft Gesetzes erfolgten Überganges ausgestellten Urkunde zur Zahlung verpflichtet, es sei denn, daß der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung oder den Übergang kraft Gesetzes schriftlich angezeigt hat (vgl. Bd. II S. 289ff. Erl. zu § 410). Letzterer Satz wird für die Hypothekenforderung durch die Vorschriften des § 1154 nur insofern geändert, als der Schuldner den Nachweis der Beobachtung der hier für die Abtretung vorgeschriebenen Formen verlangen kann.

Diese Rechte des persönlichen Schuldners werden durch § 1167 erweitert, indem dem persönlichen Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte gewährt werden.

2. **Nicht jedem Schuldner,** der den Gläubiger befriedigt, werden diese Rechte beigelegt. Regelmäßig muß der persönliche Schuldner sich mit den in Erl. 1 Abs. 1 erwähnten Rechten begnügen. Die weitergehenden Rechte, welche in den §§ 1144, 1145 dem Eigentümer gewährt sind, hat der persönliche Schuldner, der nicht zugleich der Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, nur dann, wenn er mit der Befriedigung des Gläubigers die Hypothek erwirbt oder wenn er im Falle der Befriedigung ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs hat.

Der erste Fall ist nicht nur gegeben, wenn der persönliche Schuldner von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers des belasteten Grundstücks oder eines der belasteten Grundstücke Ersatz verlangen kann (§§ 1164, 1174), sondern auch, wenn mit der Befriedigung die Forderung nebst Hypothek auf ihn übergeht, z. B. weil er als Gesamtschuldner oder Mitbürge Ausgleichung fordern oder als Bürge Regreß nehmen kann (§ 426 Abs. 2, § 774; s. M. III S. 732).

Als Beispiel für ein sonstiges rechtliches Interesse des Schuldners an der Berichtigung des Grundbuchs ist der Fall zu erwähnen, daß der Schuldner dem Eigentümer gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, sei es, daß der Eigentümer die Hypothek von vornherein für eine fremde Schuld bestellt hat oder daß die Verpflichtung von dem Schuldner bei der Veräußerung des belasteten Grundstücks eingegangen ist (vgl. z. B. § 439 Abs. 2). „Müßte in solchen Fällen der Schuldner mit einer Quittung des von ihm befriedigten Gläubigers sich begnügen, so wäre der Eigentümer, wenn inzwischen über die Hypothek zugunsten eines Dritten verfügt und der dingliche Anspruch von diesem erhoben würde, der Gefahr ausgesetzt, die von dem Schuldner bewirkte Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück wiederholen zu müssen" (M. III S. 732), und der Schuldner würde alsdann den Eigentümer entschädigen müssen. Ist der Schuldner aber dem Eigentümer gegenüber nicht ersatzpflichtig, so fehlt es ihm an einem rechtlichen Interesse. Allerdings läuft auch in diesem Falle der Eigentümer Gefahr, die Zahlung wiederholen zu müssen, wenn der befriedigte Gläubiger die Hypothek an einen gutgläubigen Dritten abtritt. Der Schuldner erleidet hierdurch aber keinen Nachteil, obwohl der Eigentümer mit der nochmaligen Zahlung nach § 1143 Hypothek und Forderung erwirbt; denn der persönlichen Klage des Eigentümers wie jedes anderen gutgläubigen Erwerbers kann der Schuldner die Einrede der Zahlung entgegenhalten (vgl. S. 591 Erl. 3bα zu § 1143).

Ist der Schuldner zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks oder eines der belasteten Grundstücke, so hat er stets ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs. Es stehen ihm daher die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte stets, auch gegenüber dem persönlichen Anspruche des Gläubigers zu (vgl. S. 593 Erl. 3 zu § 1144).

3. Über den **Inhalt der in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte** vgl. S. 592ff. Erl. 2, 3 zu § 1144 und S. 595ff. Erl. zu § 1145. Dem dort Gesagten ist nur folgendes hinzuzufügen:

a) Falls der Schuldner die Hypothek mit der Befriedigung erwirbt, bedarf er zur **Umschreibung der Hypothek** auf seinen Namen des Nachweises der Voraussetzungen des Erwerbes; er muß also gemäß § 1164 durch formgerechte Urkunden (GBO. § 29) den Nachweis erbringen, daß er den Gläubiger befriedigt hat und daß ihm eine Ersatzforderung gegen den Eigentümer oder einen Rechtsvorgänger des Eigentümers zusteht. Er kann also von dem Gläubiger die Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde fordern, in welcher dieser bekennt, von dem Schuldner befriedigt zu sein, und das zwischen dem Schuldner und dem Eigentümer oder dessen

§. 68. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigenthümer.

Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigenthümer gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Die Vorschriften des §. 875 Abs. 2 und der §§. 876, 878 finden entsprechende Anwendung.

Verzichtet der Gläubiger für einen Theil der Forderung auf die Hypothek, so stehen dem Eigenthümer die im §. 1145 bestimmten Rechte zu.

Rechtsvorgänger bestehende Rechtsverhältnis aufdeckt, soweit es ihm bekannt ist, z. B. erklärt, daß er seine Genehmigung zu der Schuldübernahme durch den jetzigen Eigentümer verweigert habe. Regelmäßig wird die Erklärung des Gläubigers zum Nachweise der Ersatzforderung des Schuldners, insbesondere des zwischen dem Schuldner und dem Eigentümer abgeschlossenen Schuldübernahmevertrags nicht ausreichen, sondern die Vorlage einer weiteren Urkunde (z. B. des die Schuldübernahme ergebenden Kaufvertrags) erforderlich sein. Deren Beschaffung ist aber nicht Sache des Gläubigers, sondern des Schuldners. Nach § 1155 (vgl. S. 618ff. Erl. 2bγ zu § 1155) genügt zur Legitimation des Schuldners als des jetzigen Gläubigers der Briefhypothek auch ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis des Gläubigers, daß die Hypothek kraft Gesetzes auf den Schuldner übergegangen sei. Auch dieses wird der Schuldner von ihm verlangen können (vgl. S. 620 Erl. 2bδ zu § 1155).

Daß der Gläubiger außerdem den **Hypothekenbrief**, wenn er völlig befriedigt ist, auszuhändigen oder sonst gemäß § 1145 vorzulegen und die Teilzahlung auf ihm zu vermerken sowie daß er, wenn er nicht als Gläubiger eingetragen ist, die zu seiner oder des Schuldners Eintragung erforderlichen Urkunden diesem zu übergeben hat, gilt hier zugunsten des Schuldners wie nach §§ 1144, 1145 zugunsten des Eigentümers.

b) **Zur Löschung der Hypothek** braucht der Gläubiger außer dem Briefe und den ihn, falls er nicht eingetragen ist, legitimierenden Urkunden nur eine öffentlich beglaubigte Löschungsbewilligung auszuhändigen. Zur Beschaffung des Löschungsantrags des Eigentümers ist er nicht verpflichtet (vgl. M. III S. 732).

c) **Die Vorschriften des § 1145** finden nur dann entsprechende Anwendung, wenn der Gläubiger nur zum Teil befriedigt ist, nicht auch wenn trotz der völligen Befriedigung des Gläubigers der Schuldner nur zum Teil Ersatz fordern kann (S. 642 Erl. 4 zu § 1164). Letzterenfalls stehen dem Eigentümer behufs Erwirkung der Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der auf ihn übergegangenen Teilhypothek die Rechte aus §§ 894—899, nicht aus § 1145 zu (a. M. in letzterer Hinsicht Biermann S. 377f., Fuchs S. 536 Erl. 5a, Staudinger III S. 478 Erl. 2).

4. Der persönliche Schuldner kann auf die ihm nach § 1167 zustehenden Rechte im voraus **verzichten**. Eintragungsfähig ist ein solcher lediglich persönlich wirkender Verzicht nicht.

5. Auf die **Grundschuld** und die **Rentenschuld** findet § 1167 unmittelbar keine Anwendung, wohl aber auf **jede Hypothekenart**. Ob die Bestimmung auch auf jene entsprechend anwendbar ist, falls neben ihnen eine persönliche Forderung besteht, darüber vgl. unten Erl. 5 zu § 1192.

§ 1168.

E. I § 1091 Abs. 1, 3; II § 1075 rev. § 1152; III § 1151. P. I S. 5186, 5188, 5190ff., 5199ff., 6241, 6247; M. III S. 719f. P. II Bd. 3 S. 602f. D. S. 670.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 184ff.

1. Ein weiterer Fall der Eigentümerhypothek ist der des **Verzichts auf die Hypothek** (über die Begründung dieser Bestimmung vgl. P. II a. a. O.). Mit diesem Verzicht ist der Verzicht auf die Forderung nicht zu verwechseln. Allerdings erwirbt der Eigentümer die Hypothek auch dann, wenn die Forderung durch einen Erlaßvertrag oder einen negativen Schuldanerkenntnisvertrag (§ 397) erlischt. Dies folgt aber aus § 1163 Abs. 1 Satz 2; die Vorschriften des § 1168 finden auf diesen Fall keine Anwendung. Insbesondere bedarf der Verzicht auf die Forderung auch nicht der im § 1168 Abs. 2 vorgeschriebenen Form. Nur die Abtretung der durch eine Hypothek gesicherten Forderung ist von sachenrechtlichen Formen (§ 1154) abhängig gemacht; das Erlöschen der Forderung unterliegt den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse und nur die Aufhebung der Hypothek, des dinglichen Rechtes, ist an sachenrechtliche Formen gebunden (s. § 1183).

Da der § 1168 nur den Verzicht auf das dingliche Recht regelt, finden seine Vorschriften keine Anwendung, wenn nach dem Erlöschen der Hypothek durch den Zuschlag der Gläubiger auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse verzichtet (RG. 55 S. 260, JW. 1905 S. 291; dagegen Oberneck I S. 671f.).

2. **Die Form** für den Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek entspricht der für die Aufhebung eines dinglichen Rechtes in den §§ 875, 876 vorgeschriebenen Form; nur tritt an die Stelle der Löschung die Eintragung des Verzichts in das Grundbuch.

a) An welcher Stelle des Grundbuchblatts **die Eintragung** zu erfolgen hat, bestimmt sich nach Landesrecht. Regelmäßig wird der Verzicht in die Spalte Veränderungen einzuschreiben sein; jedenfalls gehört er nicht in die lediglich für Löschungen bestimmte Spalte, da durch den Verzicht die Hypothek nicht aufgehoben, sondern auf den Eigentümer übertragen wird. Indessen ist eine Eintragung in eine falsche Spalte ohne materiellrechtliche Bedeutung; die im § 1168 Abs. 1 vorgesehene Wirkung der Eintragung tritt trotzdem ein.

Formellrechtliche Voraussetzung der Eintragung ist neben dem Antrage des Gläubigers oder des Eigentümers die Bewilligung des Gläubigers und, wenn die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, auch dessen Bewilligung. Eine Zustimmung des Eigentümers ist nicht erforderlich (anders bei der Löschung, GBO. § 27; Rspr. 6 S. 101, 10 S. 89); er ist bei dieser Eintragung nur der gewinnende, nicht der verlierende Teil (vgl. P. II Bd. 3 S. 603). Daneben sind auch die Vorschriften der §§ 40ff. der GBO. über die vorgängige Eintragung des Gläubigers und über die Vorlage des Briefes ꝛc. zu beachten.

Von dem Erfordernisse der Eintragung gilt auch für Briefhypotheken keine Ausnahme. Ein Vermerk auf dem Briefe oder eine schriftliche oder auch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Verzichtserklärung ersetzt die Eintragung nicht. Hieraus folgt aber, wie oben S. 618 Erl. 2 b γ zu § 1155 bereits erwähnt, nicht die Unanwendbarkeit des § 1155 auf den Fall des Verzichts auf die Hypothek, da § 1168 Abs. 2 nur die Eintragung des Verzichts, nicht die des Eigentümers als neuen Gläubiger zur Gültigkeit des Verzichts fordert.

b) Neben der Eintragung bedarf es der einseitigen abstrakten **Verzichtserklärung** des Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamt oder gegenüber dem Eigentümer und, wenn die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, dessen **Zustimmung**, welche ebenfalls gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer zu erklären ist (§ 876 Satz 1, 3). Für diese Erklärungen sind weitere Formen nicht vorgeschrieben. Sie werden auch durch eine rechtskräftige Verurteilung zu ihrer Abgabe ersetzt. Während aber die Zustimmung des Dritten ohne weiteres unwiderruflich ist (§ 876 Satz 3), ist der Gläubiger an seine Erklärung vor der Eintragung des Verzichts nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder dem Eigentümer eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat (§ 875 Abs. 2). Die Verzichtserklärung wird nicht dadurch unwirksam, daß der Gläubiger in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist (§ 878; vgl. oben S. 92ff. Erl. 1—4 zu § 875, Erl. 1—5 zu § 876 und S. 98f. Erl. 1—5 zu § 878).

Über den Unterschied zwischen Verzichts- und Aufhebungserklärung s. unten Erl. 2c zu § 1183.

c) Ob die Eintragung der Verzichtserklärung und der Zustimmung des Dritten nachfolgt oder vorausgeht, ist gleichgültig (vgl. S. 84 Erl. II zu § 873, S. 93 Erl. 2 zu § 875 und S. 95 Erl. 3 zu § 876).

3. Der Verzicht hat folgende **Wirkungen:**

a) **Die Forderung** besteht, wenn auf die Hypothek im vollen Umfange verzichtet wird, ohne die hypothekarische Sicherung weiter und unterliegt nun völlig den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse. Insbesondere kann sie nunmehr ohne Beobachtung der im § 1154 vorgeschriebenen Formen abgetreten werden (vgl. S. 610 Erl. 2a zu § 1153).

b) **Die Hypothek** fällt mit dem Zeitpunkte der Eintragung des Verzichts oder, wenn die Verzichtserklärung des Gläubigers oder die Zustimmung des Drittberechtigten der Eintragung nachfolgen sollten, mit der Abgabe dieser Erklärung als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1) an den Eigentümer, und zwar an denjenigen, welcher in dem erwähnten Zeitpunkt Eigentümer des belasteten Grundstücks ist. Der Übergang der Hypothek vollzieht sich kraft Gesetzes; die Eintragung des Eigentümers als Gläubiger ist nicht Voraussetzung seines Erwerbes (s. Bollenbeck in Z. d. DNotVer. 1901 S. 43).

§. 1169. Steht dem Eigenthümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet.

α) Dies gilt sowohl dann, wenn der Eigentümer die hypothekarische Sicherung für seine ganze Forderung aufgibt, als auch, wenn er nur für einen Teil der Forderung auf die Hypothek verzichtet. Dagegen findet nicht § 1168, sondern § 1175 Anwendung, wenn nur ein Teil der hypothekarischen Sicherung aufgegeben wird, wenn also der Gläubiger nur eines von mehreren belasteten Grundstücken oder auch einen Teil des belasteten Grundstücks aus der Mithaft entläßt; in diesem Falle erlischt die Hypothek an dem freigegebenen Grundstück oder Grundstücksteile (vgl. Erl. 1 b, c zu § 1175).

β) Über den Inhalt des Rechtes des Eigentümers an der auf ihn übergegangenen Grundschuld vgl. § 1177 nebst Erl. und über das Vorrecht der Resthypothek des Gläubigers bei einem Verzicht auf die Hypothek für einen Teil seiner Forderung § 1176.

γ) Durch § 1168 Abs. 3 werden dem Eigentümer, wenn der Gläubiger nur für einen Teil der Forderung auf die hypothekarische Sicherung verzichtet, die im § 1145 bestimmten Rechte gewährt. Da schon zur Eintragung des Verzichts die Vorlage des Briefes bei dem Grundbuchamte nach GBO. § 42 erforderlich und diese Eintragung auch nach GBO. § 62 von dem Grundbuchamte von Amtswegen auf dem Briefe zu vermerken ist, hat die Vorschrift des Abs. 3 nur die Bedeutung, daß der Eigentümer von dem Gläubiger die nochmalige Vorlage des Briefes zum Zwecke der Umschreibung der Eigentümer-Teilgrundschuld auf seinen Namen oder zum Zwecke ihrer Löschung oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs fordern kann (vgl. S. 596 Erl. 3 zu § 1145).

Die im § 1144 bestimmten Rechte sind dem Eigentümer nicht gewährt. Verzichtet der Gläubiger völlig auf die Hypothek, so sind schon zu dem Verzichte selbst, der stets der Eintragung bedarf, der Brief und die zur Eintragung des Verzichts erforderlichen Urkunden dem Grundbuchamte vorzulegen. Alsdann wird der Brief regelmäßig dem Eigentümer ausgehändigt werden, wenn dieses auch nicht vorgeschrieben ist; jedenfalls steht der durch § 62 der GBO. vorgeschriebene Vermerk des Verzichts einer unbefugten Benutzung des Briefes durch den bisherigen Gläubiger entgegen. Als jetziger Gläubiger der Post kann der Eigentümer sich schon auf Grund des § 952 Abs. 2 den Brief verschaffen und bedarf daher nicht der Sonderbestimmung des § 1144. Eine Aushändigung des Briefes Zug um Zug, wie sie § 1144 („gegen Befriedigung des Gläubigers") vorsieht, ist außerdem hier undenkbar. Ebensowenig bedarf der Eigentümer, und zwar sowohl bei völligem, wie bei teilweisem Verzichte des Gläubigers, der Aushändigung weiterer Urkunden (außer dem Briefe) zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung; denn auf Grund der Eintragung des Verzichts im Grundbuch und des Nachweises seines Eigentums ist er als Gläubiger legitimiert und kann die Eigentümergrundschuld auf seinen Namen umschreiben oder löschen lassen.

4. Die in Erl. 3 geschilderten Wirkungen treten nach § 418 Abs. 1 Satz 2 auch als Folgen einer **Schuldübernahme** ein, es sei denn, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks zur Zeit der Schuldübernahme in diese einwilligt. Auf Grund dieser Einschränkung findet die Bestimmung des § 418 Abs. 1 Satz 2 auf den regelmäßigen Fall der Schuldübernahme, nämlich durch den Erwerber des belasteten Grundstücks (§ 416) keine Anwendung. Vgl. im übrigen Bd. II S. 303 ff. Erl. 1, 3, 5 zu § 418.

5. Die Vorschriften des § 1168 finden auf **alle Arten der Hypotheken** und auf die **Grundschulden und die Rentenschulden** Anwendung (hinsichtlich der Grundschulden a. M. Rspr. 9 S. 379). Eine **Ausnahme** gilt nur für die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderer Nebenleistungen und für dem Gläubiger zu erstattende Kosten gemäß § 1178 Abs. 2.

§ 1169.

E. I § 1093; II § 1076 rev. § 1153; III § 1152. P. I S. 5233 ff., 6185 f.; M. III S. 724 f. P. II Bd. 3 S. 601 f. D. S. 670.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 188 ff.

1. **Anspruch des Eigentümers auf Verzicht wegen zerstörender Einrede.** Die Vorschrift des § 1169 beruht auf der Erwägung, daß beim Vorhandensein einer Einrede, durch welche die

---

Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, die letztere ein für den Gläubiger inhaltsloses Recht ist, an dessen formaler Aufrechterhaltung der Gläubiger ein berechtigtes Interesse nicht haben kann, während der Eigentümer durch sie an der vollen Ausnutzung des Realkredits gehindert ist (vgl. M. III S. 724). Ähnliche Vorschriften enthalten § 886 für die Vormerkung und § 1254 für das Pfandrecht.

2. **Voraussetzung** für die Anwendung des § 1169 ist eine Einrede im Sinne des BGB.; eine sonstige Einwendung gehört nicht hierher, da durch die einer solchen zugrunde liegende Tatsache das Recht des Gläubigers vernichtet wird, während es trotz der Einrede fortbesteht. Vgl. über den Begriff der Einrede Bd. I S. 53 Vorbm. VIII; Bd. III S. 577 Erl. 2d zu § 1137. Keine Einreden sind z. B. das Anfechtungsrecht und das Recht zur Aufrechnung, da durch die einseitige Anfechtungs- oder Aufrechnungserklärung das Recht des Gläubigers mit rückwirkender Kraft vernichtet wird (vgl. Windscheid-Kipp I S. 181).

Ferner muß durch die Einrede die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen werden. Demnach scheiden alle dilatorischen Einreden, wie die Einrede der Stundung und die im § 202 Abs. 2 angeführten, aus. Aber auch von den peremtorischen Einreden kommen die der Verjährung und der beschränkten Haftung des Erben hier nicht in Betracht, weil sie dem dinglichen Anspruche des Hypothekengläubigers nicht entgegengesetzt werden können (vgl. S. 578 Erl. 3a, b zu § 1137).

Dagegen braucht die Einrede nicht zu den im § 1137 erwähnten, dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung oder nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden zu gehören; auch lediglich das dingliche Recht betreffende Einreden fallen unter § 1169 (vgl. P II Bd. 3 S. 601; anders E. I § 1093; abw. Boehm S. 250f. Ziff. I, III).

Als Beispiel ist die Einrede der Rechtskraft zu nennen (S. 578 Erl. 3 zu § 1137; siehe Hachenburg, Vorträge S. 514), ferner die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung sowie der Verpflichtung des Gläubigers, die Hypothek dauernd nicht geltend zu machen (s. Bruck a. a. O. S. 190, Fuchs S. 540 Erl. 7; vgl. auch Cohn in JW. 1902 S. 7 über die Einrede der vollzogenen Wandelung gegenüber der Kaufgeldhypothek und dazu oben Bd. II S. 377 Erl. 2a zu § 467).

3. **Wirkung.** Liegt eine solche Einrede vor, so kann der Eigentümer von dem Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek verlangen (anders E. I § 1093). Der Eigentümer erwirbt also die Hypothek nicht ohne weiteres mit dem bloßen Vorhandensein der Einrede oder mit seiner Erklärung, daß er die Einrede geltend mache, sondern erst wenn die im § 1168 Abs. 2 vorgeschriebenen Förmlichkeiten gewahrt sind. Erst mit der Erklärung des Gläubigers und der Eintragung des Verzichts in das Grundbuch geht die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer über (s. Kipp in der Festgabe f. Rich. Koch S. 137).

Die Erklärung des Gläubigers kann der Eigentümer auf Grund seines dinglichen Rechtes erwirken; sein Anspruch ist ein dinglicher. Er kann daher auch im Konkurse des Gläubigers (vgl. S. 124 Erl. 6 zu § 886) sowie gegen den Dritten geltend gemacht werden, welcher dem Verzichte zustimmen muß, weil ihm ein Recht an der Hypothek zusteht (s. Oberneck in Gruch. 47 S. 326, Bruck a. a. O. S. 189). Vorausgesetzt ist aber, daß sich der Gläubiger oder der Dritte nicht gegenüber der Einrede auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann (§§ 892, 1138, 1156, 1157). Um diese Berufung auszuschließen, bedarf es der Eintragung eines Widerspruchs zugunsten der Einrede (s. S. 582 Erl. 6 zu § 1138, S. 625 Erl. 3 zu § 1157); vormerkungsfähig ist der Anspruch auf Verzicht nicht, weil er nicht den im § 883 vorgesehenen Inhalt hat (s. Sekler, Vormerkung S. 33, Fuchs S. 541 Erl. 7; a. M. Biermann S. 379; Staudinger III S. 480 Erl. 1b; Oberneck I S. 674).

4. **Ein Verzicht des Eigentümers** auf das ihm durch § 1169 gewährte Recht ist insoweit zulässig und eintragungsfähig, als der Verzicht auf die zugrunde liegende Einrede zulässig ist (vgl. Müller in Bl. f. RAnw. 1901 S. 8).

5. Auch die Vorschrift des § 1169 ist auf **alle Hypotheken** (mit Ausnahme der Hypothek für die im § 1178 bezeichneten Leistungen) sowie auf die **Grundschulden** und die **Rentenschulden** anwendbar; die abw. Ansicht von Boehm S. 251 Ziff. III in letzterer Hinsicht beruht auf der irrtümlichen Annahme, daß § 1169 nur auf die Einreden aus der persönlichen Forderung Anwendung finde.

§. 70. Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigenthümer in einer nach §. 208 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. Besteht für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit, so beginnt die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstags.

Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erwirbt der Eigenthümer die Hypothek. Der dem Gläubiger ertheilte Hypothekenbrief wird kraftlos.

---

§ 1170.

E. I § 1103 Abs. 1, 3, § 1124 Satz 1; II § 1077 rev. § 1154; III § 1153. P. I S. 5238 ff., 5351 ff., 6241, 6247, 11999; M. III S. 738 ff., 763. P. II Bd. 3 S. 617 ff., 666; Bd. 6 S. 257. D. S. 670. StB. S. 2788.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 190 ff.

1. Den in §§ 1163, 1168 aufgeführten Fällen der Eigentümerhypothek fügen die §§ 1170, 1171 die Fälle des **Ausschlusses des unbekannten Gläubigers mit seinem Rechte im Wege des Aufgebotsverfahrens** hinzu. Während § 1171 eine noch bestehende Hypothekenforderung zur Voraussetzung hat, zu deren Tilgung der Eigentümer berechtigt, aber wegen Unkenntnis der Person des Gläubigers nicht imstande ist, regelt § 1170 das **Aufgebot einer angeblich erloschenen Hypothekenforderung** und ermöglicht dem Eigentümer, die Löschung einer Hypothek oder deren Umschreibung auf seinen Namen auch ohne eine löschungsfähige Quittung oder Bewilligung des Gläubigers zu erlangen, wenn weder diese noch die rechtskräftige Verurteilung zu ihrer Abgabe beigebracht werden kann, weil der Gläubiger unbekannt ist (vgl. M. III S. 738; P. II Bd. 3 S. 618 f.).

2. **Voraussetzungen** dieses Aufgebots sind nach § 1170:

a) Die Unbekanntheit des Gläubigers (vgl. S. 124 Erl. 2a zu § 887). Diese Voraussetzung ist nicht nur dann gegeben, wenn der letzte Gläubiger seiner Person nach unbekannt ist, sondern auch, wenn er zwar bekannt ist, aber sein Verfügungsrecht nicht nachgewiesen hat. Ein in der zweiten Beratung im Plenum des Reichstags gestellter Antrag, nach dem Vorgange der preuß. GBO. § 104 dem Falle der Unbekanntheit eines Gläubigers den Fall ausdrücklich gleichzustellen, daß der Gläubiger nicht imstande ist, sein Recht nachzuweisen, wurde zurückgezogen, nachdem seitens eines Regierungsvertreters erklärt war, daß dieser Fall absichtlich nicht besonders erwähnt sei, weil er in der Tat nicht ein anderer Fall sei als der Fall der Unbekanntheit des Gläubigers; wenn der Gläubiger sein Recht nicht in derjenigen Weise nachweisen könne, welche notwendig sei, um eine Einschreibung in das Grundbuch zu erwirken, so sei es ungewiß, ob nicht das Recht einem anderen zustehe, also auch ungewiß, wer der Berechtigte sei (vgl. StB. S. 2788 sowie M. III S. 739 unter b).

Dagegen weicht das BGB. darin von der preuß. GBO. § 103 ab, daß die Unbekanntheit des Aufenthalts des der Person nach bekannten Gläubigers nicht genügt. Diese hindert den Eigentümer ja nicht, gegen den Gläubiger auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 zu klagen (vgl. CPO. § 203), und wenn er zur Berichtigung des Grundbuchs des Hypothekenbriefs bedarf und sich diesen nicht zu beschaffen vermag, so kann er nach der Verurteilung des Gläubigers zur Bewilligung der Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen das Aufgebot des Briefes beantragen (vgl. S. 633 Erl. 4 zu § 1162).

Da zur Abtretung der Buchhypothek die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erforderlich ist, kann eine Unbekanntheit des Gläubigers bei dieser nur vorkommen, wenn eine nicht existierende Person eingetragen oder die Hypothek kraft Gesetzes auf einen neuen Gläubiger übergegangen und dieser (z. B. der Erbe des eingetragenen Gläubigers) unbekannt ist. Dagegen ist bei der Briefhypothek § 1170 von größerer praktischer Bedeutung.

b) Ablauf von zehn Jahren seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch und, wenn für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit besteht, seit dem Ablaufe des Zahlungstags. Diese Voraussetzung bildet gegenüber dem bisherigen preußischen Rechte, welches die Einleitung des Aufgebotsverfahrens nicht von einer Frist abhängig gemacht hat, eine Neuerung. In den M. III S. 739 Ziff. 1d wird der Standpunkt des preußischen Rechtes gegenüber der Bedeutung, welche dem Grundbuche für die Erhaltung der

eingetragenen Rechte beizumessen sei, für in hohem Grade bedenklich und eine geräumige Frist zum Schutze des Gläubigers für unerläßlich erklärt. Über die Gründe für die Herabsetzung der Frist von dreißig (E. I) auf zehn Jahre vgl. P. II Bd. 6 S. 257. Die Frist muß vor der Einleitung des Verfahrens verstrichen sein; ihr Ablauf vor Erlaß des Ausschlußurteils genügt nicht. Ob die letzte Eintragung von Amtswegen oder auf Bewilligung des Gläubigers erfolgt ist, macht keinen Unterschied (s. Bruck a. a. O. S. 191 Anm. 55; a. M. Oberneck I S. 907 Anm. 10).

Über die Bedeutung der Worte „eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit" vgl. Bd. II S. 93 Erl. 6 zu § 284; für eine auf Kündigung, sei es sofort oder nach Ablauf einer Kündigungsfrist, zahlbare Forderung ist die Zahlungszeit nicht nach dem Kalender bestimmt.

Eine Sondervorschrift enthält § 1188 Abs. 2 und entsprechend auch die CPO. im § 986 Abs. 2 für die Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber.

c) Nichtanerkennung des Rechtes seitens des Eigentümers gegenüber dem Gläubiger innerhalb der zehnjährigen Frist „durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise" (§ 208; vgl. oben S. 125 Erl. 2c zu § 887 und Bd. I S. 351 f. Erl. 2 zu § 208).

d) Dagegen ist die Zulassung des Aufgebotsverfahrens in dem BGB. **nicht an die Behauptung des Eigentümers** geknüpft, **daß die Forderung erloschen sei.** Dieses Erfordernis war zwar in dem E. I aufgestellt (vgl. M. III S. 739 Ziff. 1c, 2b); in den E. II ist es jedoch nicht übernommen (vgl. P. II Bd. 3 S. 619).

3. Zu dem **Antrag auf Erlaß des Aufgebots** ist regelmäßig nur der Eigentümer des belasteten Grundstücks berechtigt (CPO. § 984 Abs. 1). Bei einer Gesamthypothek bedarf es des Antrags aller Eigentümer, wenn der Gläubiger mit seinem Rechte an allen Grundstücken ausgeschlossen werden soll; jeder Eigentümer ist aber zur Stellung des Antrags hinsichtlich der ihm gehörenden Grundstücke befugt (§ 1175 Abs. 2). Außer dem Eigentümer ist „auch ein im Range gleich- oder nachstehender Gläubiger, zu dessen Gunsten eine Vormerkung nach § 1179 des BGB. eingetragen ist, und bei einer Gesamthypothek, Gesamtgrundschuld oder Gesamtrentenschuld außerdem derjenige antragsberechtigt, welcher auf Grund eines im Range gleich- oder nachstehenden Rechtes Befriedigung aus einem der belasteten Grundstücke verlangen kann, sofern der Gläubiger oder der sonstige Berechtigte für seinen Anspruch einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat" (CPO. § 984 Abs. 2). Letztere Einschränkung bezieht sich nicht nur auf den Fall der Gesamthypothek, sondern macht auch das Recht des Gläubigers, zu dessen Gunsten eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung der aufzubietenden Post eingetragen ist, von dem Vorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels abhängig. Die Vorschrift des § 984 Abs. 2 der CPO. will nämlich dem Gläubiger oder dem sonstigen Berechtigten, wenn er die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben will, die Möglichkeit eröffnen, die der wahren Rechtslage entsprechende Löschung vorgehender oder gleichstehender Rechte herbeizuführen, welche die Erzielung eines seine Befriedigung sichernden Gebots erschweren oder das Gebot zu seinem Nachteil erhöhen würden (Begr. zu §§ 836x—836cc des E. eines Ges., betr. Änderungen der CPO.; s. oben S. 568 Erl. 3a zu § 1132).

Der Antragsteller hat vor der Einleitung des Verfahrens die in Erl. 2a—c erörterten Voraussetzungen des Aufgebots glaubhaft zu machen (vgl. CPO. § 985, § 986 Abs. 1—3).

4. **Zuständig** ist ausschließlich das Amtsgericht, in dessen Bezirke das belastete Grundstück belegen ist (CPO. § 983, vgl. S. 633 Erl. 5 zu § 1162).

5. Das weitere **Verfahren** ist durch die §§ 947—959, § 986 Abs. 4, 5 der CPO. geregelt. Auf Grund des Vorbehalts im § 1024 Abs. 1 der CPO. können die Landesgesetze die Art der Veröffentlichung des Aufgebots und des Ausschlußurteils sowie die Aufgebotsfrist anders bestimmen, als in den §§ 948, 950, 956 vorgeschrieben ist.

6. Durch das **Ausschlußurteil** wird, dem in dem Aufgebot anzudrohenden Rechtsnachteil entsprechend (CPO. § 986 Abs. 4), der Gläubiger mit seinem Rechte ausgeschlossen. An das Urteil knüpfen sich folgende Wirkungen, die mit der Erlassung, d. i. mit der Verkündung des einem Rechtsmittel nicht unterliegenden Ausschlußurteils (CPO. § 957 Abs. 1; vgl. P. II Bd. 6 S. 257) eintreten:

a) Der Gläubiger wird mit seinem dinglichen Rechte ausgeschlossen. Die persönliche Forderung bleibt dagegen von dem Aufgebot unberührt.

b) Die Hypothek geht auf den Eigentümer des belasteten Grundstücks über, und zwar als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1). Hat im Laufe des Aufgebotsverfahrens ein Wechsel im Eigentume stattgefunden, so geht die Hypothek nicht auf denjenigen Eigentümer über, welcher den Antrag gestellt hat, sondern auf den Eigentümer zur Zeit der Verkündung des Ausschlußurteils.

Eine Ausnahme gilt für die Gesamthypothek. Diese wird nur dann zur Eigentümergrundschuld, wenn der Gläubiger mit seinem Rechte an allen belasteten Grundstücken ausgeschlossen wird (vgl. Erl. 3); ist das Aufgebotsverfahren nur hinsichtlich eines oder mehrerer der belasteten Grundstücke beantragt, so erlischt die Hypothek an denjenigen Grundstücken, auf die sich das Aufgebotsverfahren bezieht, und bleibt auf den übrigen lasten (§ 1175 Abs. 2).

In dem Übergange der aufgebotenen Post auf den Eigentümer liegt eine Neuerung gegenüber dem früheren Rechte und dem E. I; nach diesem erlangte der Eigentümer nur das Recht, die Hypothek löschen zu lassen (vgl. M. III S. 740 Ziff. 3). Nach der Ansicht der zweiten Kommission bildet dagegen das Ausschlußurteil einen Ersatz für die löschungsfähige Quittung und versetzt wie diese den Eigentümer in die Lage, die Hypothek als Eigentümerhypothek zu erwerben (vgl. P. II Bd. 3 S. 619).

Dieser Erwerb vollzieht sich kraft Gesetzes. Die Eintragung des Eigentümers als Gläubiger ist nicht Vorbedingung des Erwerbes. Abweichend von dem Falle des Urkundenaufgebots (S. 633 Erl. 7a zu § 1162) ist jedoch anzunehmen, daß die Eintragung erforderlich ist, um für einen nach Erlaß des Ausschlußurteils vollzogenen Erwerb die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegenüber dem auf das Ausschlußurteil gegründeten Rechte des Eigentümers auszuschließen; denn wenn auch nicht die Erlassung des Ausschlußurteils in das Grundbuch eingetragen wird, so ist doch die unmittelbare Folge, der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer, eintragungsfähig und jeder Dritte muß sich darauf verlassen können, daß eine noch auf den Namen des Gläubigers eingetragene Hypothek noch nicht auf den Eigentümer übergegangen ist (a. M. Fuchs S. 544 Erl. 6, Oberneck I S. 908, Willenbücher S. 218 Erl. 4, erstere beide mit Rücksicht auf die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots). Wenn die Hypothek eine Gesamthypothek ist und das Aufgebotsverfahren nicht hinsichtlich aller belasteten Grundstücke stattgefunden hat, kann auch das Erlöschen der Hypothek an den Grundstücken, bezüglich deren das Verfahren beantragt ist, einem späteren gutgläubigen Erwerber der Gesamthypothek nicht entgegengehalten werden (vgl. jedoch über die Briefhypothek unter c).

Über den Inhalt der Eigentümerhypothek s. § 1177 nebst Erl.

c) Der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief wird kraftlos. Es bedarf keines besonderen Aufgebots des Briefes, sondern das Ausschlußurteil, das den Gläubiger mit seinem Rechte ausschließt, hat ohne weiteres die Kraftlosigkeit des Briefes zur Folge. Die Wirkungen sind die gleichen, als wenn der Brief auf Grund des § 1162 für kraftlos erklärt wäre (vgl. S. 633 ff. Erl. 7 zu § 1162). Insbesondere ist in diesem Falle auch die Berufung auf den guten Glauben an die Gültigkeit des kraftlos gewordenen Briefes für nicht zulässig zu erachten, da dessen Kraftloserklärung nicht gebucht wird. Hieraus ergibt sich, daß bei einer Briefhypothek nach Erlassung des Ausschlußurteils der gutgläubige Erwerb, da ein solcher ohne den Brief nicht erfolgen kann, überhaupt nicht mehr möglich ist und daß das unter b Gesagte daher nur für eine Buchhypothek von praktischer Bedeutung ist.

d) Zweifelhaft ist, ob die unter a—c erwähnten Wirkungen des Ausschlußurteils auch dann eintreten, **wenn in dem Ausschlußurteile bestimmten Personen,** die sich im Aufgebotsverfahren gemeldet haben, **ihre Rechte vorbehalten werden** (CPO. § 953). Dies verneinen Bruck a. a. O. S. 194 f., Fuchs S. 544 Erl. 4, Biermann S. 381 Erl. 3b; nach ihnen erwirbt der Eigentümer in solchem Falle die Hypothek nicht mit der Erlassung des Ausschlußurteils, sondern erst durch die erteilte oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzte Erklärung dieser Personen, daß ihnen ein Recht an der Hypothek nicht zustehe. Dem ist jedoch schon auf Grund des Wortlauts des § 1170 nicht zuzustimmen. Wenn sich im Aufgebotsverfahren ein Gläubiger meldet und sein Gläubigerrecht nachweist, so ist das Verfahren erledigt; da der Gläubiger nicht mehr unbekannt ist, kann ein Ausschlußurteil nicht ergehen. Kann aber derjenige, welcher sich meldet, sein Recht nicht nachweisen, so steht das der Erlassung des Ausschlußurteils ebensowenig wie der Einleitung des Aufgebotsverfahrens (vgl. Erl. 2a) entgegen. Werden diesem seine Rechte vorbehalten, so ist es seine Sache, seinen Anspruch auf die Hypothek gegenüber dem Eigentümer im Wege des Rechtsstreits geltend zu machen. Bis zur Erwirkung eines rechtskräftigen Urteils, durch das der Eigentümer zur Anerkennung des Rechtes verurteilt wird, oder einer freiwilligen Anerkennung durch den Eigentümer ist der letztere als Gläubiger der Post auf Grund des Ausschlußurteils anzusehen.

§. 1171. Der unbekannte Gläubiger kann im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Eigenthümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt. Die Hinterlegung von Zinsen ist nur erforderlich, wenn der Zinssatz im Grundbuch eingetragen ist; Zinsen für eine frühere Zeit als das vierte Kalenderjahr vor der Erlassung des Ausschlußurtheils sind nicht zu hinterlegen.

Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils gilt der Gläubiger als befriedigt, sofern nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist. Der dem Gläubiger ertheilte Hypothekenbrief wird kraftlos.

Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurtheils, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Hinterleger ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat.

---

7. **Wenn auf Grund einer Anfechtungsklage das Ausschlußurteil aufgehoben wird,** so lebt das Hypothekenrecht des Gläubigers, das er vor Erlassung des Ausschlußurteils hatte, wieder auf, der Eigentümer verliert das Gläubigerrecht und der kraftlos gewordene Brief erlangt wieder Wirksamkeit. Es findet auf diesen Fall das S. 634 f. in Erl. 8 zu § 1162 Gesagte entsprechende Anwendung. Die Vorschrift des § 1018 Abs. 2 der CPO. gilt jedoch nur für das Urkundenaufgebot, nicht für das hier erörterte Aufgebotsverfahren. Ist der Eigentümer als Gläubiger in das Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger die Berichtigung erwirken; gegenüber einem Rechtsnachfolger des Eigentümers ist er hierzu aber nur dann befugt, wenn diesem der Schutz des öffentlichen Glaubens nicht zur Seite steht. Ob dieser Schutz auch demjenigen Rechtsnachfolger zu Teil wird, welcher nach der Aufhebung des Ausschlußurteils erworben hat, ist zweifelhaft; richtiger dürfte es sein, wie gegenüber dem Ausschlußurteile nach Erl. 6 b, auch gegenüber dem dieses aufhebenden Urteile die Berufung auf die Unkenntnis des Urteils zuzulassen.

8. Die Vorschriften des § 1170 gelten für **alle Arten der Hypotheken,** für die **Grundschulden und Rentenschulden.** Sie finden auch auf Vormerkungen, Vorkaufsrechte, Reallasten und Pfandrechte an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gemäß §§ 887, 1104, 1112, 1269 Anwendung.

Sondervorschriften enthalten, wie bereits erwähnt (Erl. 2 b, 6 b), § 1175 Abs. 2 für Gesamthypotheken, § 1188 Abs. 2 für Sicherungshypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Letztere Vorschrift gilt auch für Inhabergrundschulden (§ 1195).

§ 1171.

E. I §§ 1104, 1124; II § 1078 rev. § 1155; III § 1154. P. I S. 5238 ff., 5243 f., 5351 ff., 6242, 6247, 11999, 12021; M. III S. 740 f., 763 f. P. II Bd. 3 S. 617 ff., 666.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 190 ff.

1. **Aufgebot einer noch nicht getilgten Hypothek.** Über das Verhältnis des im § 1171 geregelten Falles des Aufgebotsverfahrens zu dem des § 1170 vgl. S. 651 Erl. 1 zu § 1170. Nach dem Vorgange des preußischen Rechtes (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 433 ff., preuß. GBO. §§ 106—109) soll die Vorschrift des § 1171 dem Eigentümer ermöglichen, von seinem Rechte, den Gläubiger zu befriedigen und sich die Verfügung über die Hypothek zu verschaffen, in solchen Fällen Gebrauch zu machen, wo er durch die Unbekanntheit des Gläubigers an der Verwirklichung dieses Rechtes gehindert ist (M. III S. 740; P. II Bd. 3 S. 619).

2. **Die Voraussetzungen** für die Ausschließung des Gläubigers sind in diesem Falle:

a) ebenso wie in dem Falle des § 1170 **die Unbekanntheit des Gläubigers** (vgl. S. 651 Erl. 2 a zu § 1170). Ist der Gläubiger bekannt, so ist das Aufgebotsverfahren nicht zulässig und nicht erforderlich; der Eigentümer kann bei Unkenntnis des Aufenthalts des Gläubigers gemäß § 132 Abs. 2 (vgl. S. 587 Erl. 5 zu § 1141) kündigen, nach der Fälligkeit gemäß §§ 372 ff. hinterlegen (§ 1142 Abs. 2), alsdann die in §§ 894 ff., 1144 erwähnten Rechte geltend machen und auf diese Weise die Berichtigung des Grundbuchs erwirken.

b) Berechtigung des Eigentümers zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung. Wann der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt ist, ergibt sich aus § 1142 (vgl. S. 588 Erl. 2 zu § 1142). Über das Kündigungsrecht vgl. S. 533 Erl. 5c zu § 1115 sowie S. 585ff. Erl. zu § 1141.

c) Hinterlegung des Betrags der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme (vgl. über die Hinterlegung im allgemeinen §§ 372ff. und EG. Art. 144, 145 und über den Verzicht auf das Recht zur Rücknahme insbesondere Bd. II S. 234 Erl. 2a zu § 376). Zu hinterlegen ist der Betrag „der Forderung", der sich mit dem eingetragenen Kapitalbetrage nicht notwendig zu decken braucht (s. Fuchs S. 548 Erl. 4), nebst den nach Inhalt des Grundbuchs zu entrichtenden Zinsen. Für nicht eingetragene Zinsen ist ein Betrag nie zu hinterlegen, obwohl das Grundstück gemäß § 1118 möglicherweise auch für solche haftet; auch eingetragene Zinsen sind mit Rücksicht auf die Verjährungsvorschrift des § 197 nur für die letzten vier Kalenderjahre vor dem Ausschlußurteile, nicht für eine frühere Zeit zu berücksichtigen. Auch der Betrag anderer Nebenleistungen bedarf der Hinterlegung, sofern diese eingetragen sind, da sie zu dem „Betrage der Forderung" im Sinne des § 1171 Abs. 1 Satz 1 gehören; handelt es sich um regelmäßig wiederkehrende und deshalb ebenfalls nach § 197 der vierjährigen Verjährung unterliegende Leistungen, so ist auch der Schlußhalbsatz des Abs. 1 entsprechend anzuwenden. Laut öffentlich beglaubigter Urkunde bereits gezahlte Beträge bedürfen keiner Hinterlegung.

d) Weitere Voraussetzungen sind nicht aufgestellt; insbesondere ist nicht wie in dem Falle des § 1170 der Ablauf einer Frist erforderlich.

3. **Der Antrag auf Erlaß des Aufgebots** kann (anders als in dem Falle des § 1170) stets nur von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gestellt werden (CPO. § 984 Abs. 1). Ist die Hypothek eine Gesamthypothek, so ist der Eigentümer eines jeden der belasteten Grundstücke, wie zur Befriedigung des Gläubigers, so auch zu diesem Antrage berechtigt; nicht § 1175, sondern § 1173 findet Anwendung.

Der Antragsteller hat vor der Einleitung des Verfahrens zwar das Unbekanntsein des Gläubigers (Erl. 2a) glaubhaft zu machen (CPO. § 985) und auch die in Erl. 2b erwähnte Voraussetzung darzulegen (CPO. § 947 Abs. 2). Dagegen bildet die Hinterlegung (Erl. 2c) nicht Vorbedingung des Aufgebots; „wollte man sie hierzu machen, so würde der Eigentümer wegen Zinsen und Kosten in Verlust geraten können, wenn der Gläubiger sich meldete" (M. III S. 741 Ziff. 5). Nach § 987 Abs. 1, 4 der CPO. ist die Hinterlegung nur Voraussetzung für die Erlassung des Ausschlußurteils; vor der Einleitung des Verfahrens hat der Antragsteller sich nur zur Hinterlegung zu erbieten (vgl. preuß. AG. z. BGB. Art. 84 Ziff. II § 19).

4. **Zuständig** ist auch in diesem Falle das Amtsgericht der belegenen Sache (vgl. S. 652 Erl. 4 zu § 1170, S. 633 Erl. 5 zu § 1162).

5. Das weitere **Verfahren** ist ebenfalls durch §§ 947—959 und durch die auf Grund des § 1024 Abs. 1 der CPO. erlassenen Landesgesetze geregelt (S. 652 Erl. 5 zu § 1170). Besondere Bestimmungen enthalten nur Abs. 3, 4 des § 987 der CPO. Nach Abs. 4 erweitert sich, wenn die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung abhängt, die Aufgebotsfrist um die Kündigungsfrist. Die Kündigung selbst braucht nicht ausgesprochen zu werden; es genügt, daß zwischen der Veröffentlichung des Aufgebots und dem Aufgebotstermin ein die Aufgebots- und die Kündigungsfrist umfassender Zeitraum liegt. Der § 987 Abs. 3 setzt den in dem Aufgebot anzudrohenden Rechtsnachteil dahin fest, „daß der Gläubiger nach der Hinterlegung des ihm gebührenden Betrags seine Befriedigung statt aus dem Grundstücke nur noch aus dem hinterlegten Betrage verlangen könne und sein Recht auf diesen erlösche, wenn er sich nicht vor dem Ablaufe von dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurteils bei der Hinterlegungsstelle melde".

6. Hieraus und aus dem Inhalte von Abs. 2, 3 des § 1171 ergeben sich folgende **Wirkungen des Ausschlußurteils:**

a) Der Gläubiger gilt als befriedigt. Diese Wirkung tritt aber nur ausnahmsweise mit der Erlassung, d. i. der Verkündung (vgl. S. 652 Erl. 6 zu § 1170) des Ausschlußurteils ein; regelmäßig wird nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher mit der Hinterlegung oder, wenn der hinterlegte Betrag der Hinterlegungsstelle durch die Post übersendet worden ist, mit der Aufgabe zur Post (§ 375) eingetreten sein und dann ist dieser frühere Zeitpunkt maßgebend. Nach § 378 wird der Schuldner, wenn die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen ist, durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte. Da nun nach § 1171

Abs. 1 Satz 1 die Hinterlegung unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme erfolgen muß, ist die letztere in diesem Falle stets ausgeschlossen (§ 376 Abs. 2 Ziff. 1). Die Vorschrift des § 378 setzt aber weiter voraus, daß die Hinterlegung rechtmäßig ist, daß also die Voraussetzungen des § 372 vorliegen (Bd. II S. 238 Erl. 2 zu § 378). Auch diese werden im Falle des § 1171 regelmäßig gegeben sein, denn § 1171 erfordert für das Aufgebotsverfahren, daß der Gläubiger unbekannt ist, und § 372 läßt die Hinterlegung von Geld zu, wenn der Schuldner infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist die Befriedigung selbst dann, wenn der Eigentümer zur Zeit der Hinterlegung nach § 1142 zur Befriedigung noch nicht befugt war, vor dem Ausschlußurteile, zwar nicht mit der Hinterlegung, aber mit der Fälligkeit der Hypothekenforderung als eingetreten anzusehen. Sind dagegen die Voraussetzungen der Hinterlegung nicht gegeben, so gilt der Gläubiger erst mit der Verkündung des Ausschlußurteils als befriedigt, mit dieser aber auch dann, wenn die Voraussetzungen des Aufgebotsverfahrens nicht vorlagen.

b) Der Gläubiger kann nunmehr seine Befriedigung nur noch aus dem hinterlegten Betrage verlangen. Sein Recht an dem Grundstück und sein bisheriges Forderungsrecht hat er verloren. Auch sein Recht auf den hinterlegten Betrag ist zeitlich begrenzt; es erlischt nach § 1171 Abs. 3, sofern der Gläubiger sich nicht vorher meldet, mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach Verkündung des Ausschlußurteils, weil eine gewisse Vermutung dafür spricht, daß die Forderung getilgt ist, wenn sich innerhalb dieser Frist kein Prätendent meldet (vgl. P. II Bd. 3 S. 619). Trotz seines Verzichts auf Rücknahme ist der Hinterleger nach dem Ablaufe dieser Frist zur Rücknahme befugt, und zwar muß ihm nach EG. Art. 145 Abs. 1 Satz 2 hierzu landesgesetzlich mindestens eine Frist von einem Jahre gelassen werden (vgl. Bd. VI S. 275 Erl. 5 Abs. 2 zu Art. 145; preuß. AG. z. BGB. Art. 84 Ziff. XI § 58 a).

c) Mit der Befriedigung des Gläubigers geht die Hypothek auf den Eigentümer über. Dies ist im § 1171 nicht zum Ausdrucke gelangt, weil es sich nach § 1143 und § 1163 Abs. 1 Satz 2 von selbst versteht. Ist im Laufe des Aufgebotsverfahrens ein Wechsel im Eigentum eingetreten, so fällt die Hypothek an denjenigen, welcher in dem maßgebenden Zeitpunkt, d. h. in demjenigen Zeitpunkte, welcher nach dem unter a Gesagten als Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers gilt, Eigentümer war, also nicht, wie Dernburg III S. 702 § 240 Ziff. III 5 und Oberneck I S. 911 annehmen, stets an den Eigentümer zur Zeit des Erlasses des Ausschlußurteils. Daß dieser Eigentümer nicht der Antragsteller im Aufgebotsverfahren und nicht der Hinterleger des Hypothekenbetrags gewesen ist, schließt den Erwerb der Hypothek durch ihn nicht aus (vgl. S. 589f. Erl. 2a zu § 1143, S. 639 Erl. 4 d zu § 1163). Nur die Ausnahme ist auf Grund des § 1164 anzuerkennen, daß, wenn der Hinterleger der persönliche Schuldner ist und einen Regreßanspruch gegen den Eigentümer zur Zeit des Ausschlußurteils hat, dann jener und nicht dieser die Hypothek erwirbt, weil er und nicht der spätere Eigentümer den Gläubiger befriedigt hat, wenn diese Befriedigung auch erst mit dem Erlasse des Ausschlußurteils als eingetreten gilt.

Der Umstand, wer den Betrag der Hypothekenforderung hinterlegt hat, ist ferner für die Frage von Bedeutung, ob die Hypothek mit der Forderung oder als Grundschuld auf den Eigentümer übergeht. Die Vorschrift des § 1143, nach welcher der Eigentümer die Forderung mit der Hypothek erwirbt, setzt nicht nur voraus, daß er nicht der persönliche Schuldner ist, sondern auch, daß er und nicht ein anderer den Gläubiger befriedigt. Demnach geht die Forderung auf den mit dem persönlichen Schuldner nicht identischen Eigentümer nur dann über, wenn er zugleich der Hinterleger ist. Ist aber die Hinterlegung durch den früheren Eigentümer erfolgt, so erwirbt jener auf Grund des § 1163 Abs. 1 Satz 2 nur das dingliche Recht als Grundschuld.

Für die Gesamthypothek gelten die Sondervorschriften der §§ 1172, 1173. Für die Anwendung des § 1173 ist entscheidend, ob von einem der Eigentümer, denen die belasteten Grundstücke in dem maßgebenden Zeitpunkte gehören, die Hinterlegung erfolgt ist; ist dies nicht der Fall, so findet § 1172 selbst dann Anwendung, wenn das Aufgebotsverfahren nur hinsichtlich eines Grundstücks beantragt war (a. M. Turnau-Förster I S. 767 Anm. 3; vgl. im übrigen S. 589ff. Erl. zu § 1143, S. 638f. Erl. 4 zu § 1163, § 1177 nebst Erl.).

d) Der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief wird kraftlos (Abs. 2 Satz 2). Vgl. über diese Wirkung, die stets erst mit der Verkündung des Ausschlußurteils eintritt, S. 653 Erl. 6 c zu § 1170, S. 633f. Erl. 7 zu § 1162.

§. 1172. Eine Gesammthypothek steht in den Fällen des §. 1163 den Eigenthümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu.

Jeder Eigenthümer kann, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist, verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf den Theilbetrag, der dem Verhältnisse des Werthes seines Grundstücks zu dem Werthe der sämmtlichen Grundstücke entspricht, nach §. 1132 Abs. 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugetheilt wird. Der Werth wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesammthypothek im Range vorgehen.

---

7. **Die Aufhebung des Ausschlußurteils im Wege der Anfechtungsklage** hat für den Fall des § 1171 wenig Bedeutung, da die Befriedigung des Gläubigers regelmäßig Folge der Hinterlegung ist und deren Wirkungen durch die Aufhebung des Ausschlußurteils nicht beseitigt werden. Braucht der Gläubiger aber auch die Hinterlegung nicht gegen sich gelten zu lassen (Erl. 6 a), so lebt mit der Aufhebung des Ausschlußurteils seine Forderung wieder auf, das dingliche Recht fällt an ihn zurück und der durch das Ausschlußurteil kraftlos gewordene Brief wird wieder wirksam (vgl. S. 654 Erl. 7 zu § 1170).

8. Der § 1171 findet auf **alle Hypotheken**, auf **Grundschulden und Rentenschulden Anwendung.** Zum Teil sind seine Vorschriften durch § 1269 auf Pfandrechte an einem registrierten Schiffe ausgedehnt.

§ 1172.

E. II § 1079 rev. § 1156; III § 1155. P. II Bd. 3 S. 620 f., 628 f., 636 ff., 724 f. D. S. 673.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 201 ff.; Lang, Gesamthypothek, im Arch. f. civ. Pr. 89 S. 292 ff.

1. **Die Eigentümergesamthypothek.** Die Vorschriften der §§ 1163—1171 über die Eigentümerhypothek haben nur die Einzelhypothek im Auge; für die Gesamthypothek werden sie durch die §§ 1172—1175 in wesentlichen Punkten ergänzt und geändert. Der § 1172 enthält die Regelvorschrift; § 1173 regelt den Fall der Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers durch den Eigentümer eines der belasteten Grundstücke sowie die Fälle der Übertragung des Gläubigerrechts auf diesen und der Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person; § 1174 betrifft den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner und der Vereinigung von Forderung und Schuld in dessen Person, § 1175 behandelt den Verzicht auf die Gesamthypothek und die Ausschließung des Gesamthypothekengläubigers gemäß § 1170. Schließlich enthalten § 1181 Abs. 2, § 1182 Sondervorschriften für die Gesamthypothek für den Fall der Befriedigung des Gläubigers aus einem der belasteten Grundstücke.

2. Über den **Begriff der Gesamthypothek**, deren **Entstehung** und die **Rechte des Gläubigers** vgl. oben S. 566 ff. Erl. zu § 1132 sowie S. 514 f. Vorbm. 2 f.

3. Liegen bei einer Gesamthypothek die Voraussetzungen vor, unter denen die Hypothek nach §§ 1163 ff. auf den Eigentümer übergeht, so fällt sie **regelmäßig den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich** zu. Dies bestimmt § 1172 Abs. 1 für die Fälle, daß die Forderung, für welche die Gesamthypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt oder daß die Erteilung des Briefes nicht ausgeschlossen, dieser aber dem Gläubiger noch nicht übergeben ist (vgl. S. 635 ff. Erl. 2—5 zu § 1163). Das gleiche gilt nach § 1175 Abs. 1 für den Verzicht des Gläubigers auf die Gesamthypothek an allen belasteten Grundstücken und nach Abs. 2 ebd. für die Ausschließung des unbekannten Gläubigers mit seinem Rechte an allen Grundstücken gemäß § 1170. Nicht besonders hervorgehoben ist der zweite Fall des Aufgebotsverfahrens (§ 1171); da in diesem der Gläubiger als befriedigt gilt, versteht sich die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 1172, 1173 von selbst.

a) In allen diesen Fällen erwirbt nicht etwa jeder Eigentümer eines der belasteten Grundstücke die auf seinem Grundstück eingetragene Hypothek als Einzelhypothek. Dadurch würde die Gesamtbelastung aller Grundstücke über den eingetragenen Hypothekenbetrag hinaus erhöht und die Lage der gleich- und nachstehenden Berechtigten verschlechtert werden. Die Aussicht, daß der Gläubiger aus einem der mithaftenden Grundstücke befriedigt wird und die Hypothek dadurch auf den übrigen Grundstücken erlischt (§ 1181 Abs. 2), darf ihnen nicht durch den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer genommen werden (vgl. S. 515 Vorbm. 2 f). **Die Hypothek bleibt vielmehr auch als Eigentümerhypothek eine Gesamthypothek.**

Hiervon macht das Gesetz auch für den Fall keine Ausnahme, daß die mitverhafteten Grundstücke mit einem gleich- oder nachstehenden Rechte nicht belastet sind. Ein Antrag, in diesem Falle die Hypothek an jedem Grundstücke dessen Eigentümer als Eigentümerhypothek zufallen zu lassen, ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden (vgl. P. II Bd. 3 S. 628 f.).

b) Rechtliche Natur der Gemeinschaft. Die Eigentümer-Gesamthypothek steht den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Es besteht zwischen ihnen keine gewöhnliche Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff.), sondern eine Gemeinschaft besonderer Art (zustimmend Oberneck I S. 891; a. M. Biermann S. 384 Erl. 1, Bruck a. a. O. S. 203, Gierke, Deutsches Privatr. II S. 940 § 167 Ziff. V 7, Willenbücher S. 220 Erl. 1: Gemeinschaft zur gesamten Hand; anderseits Fuchs S. 552 Erl. 3: Teilgemeinschaft). Die für diese Gemeinschaft maßgebenden Grundsätze sind einerseits aus der Natur des gemeinschaftlichen Rechtes, anderseits aus den über einzelne Fragen gegebenen besonderen Vorschriften abzuleiten; insbesondere wird die Auseinandersetzung durch § 1172 Abs. 2 geregelt. Über sein Anteilsrecht kann der einzelne Eigentümer verfügen (a. M. Biermann, Bruck, Willenbücher a. a. O.). Zu allen Verfügungen über die Hypothek im ganzen, sowohl zu einer Übertragung oder einer Belastung wie zur Aufhebung oder zur Änderung des Inhalts oder des Ranges der Hypothek, z. B. zur Umwandelung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek, zur Ausschließung der Erteilung des Briefes oder zur Aufhebung der Ausschließung und auch zur Prozeßführung bedarf es der Mitwirkung aller Eigentümer. Hiervon gilt auch für die Löschung der Hypothek an einem der belasteten Grundstücke keine Ausnahme; wenn Lang (a. a. O. S. 295) auf Grund des Verzichtsrechts des Gesamthypothekengläubigers (§ 1175 Abs. 1 Satz 2) dem einzelnen Eigentümer das Recht beilegt, die Hypothek löschen zu lassen, so ist dem nicht beizutreten. Aus § 1175 Abs. 1 Satz 2 ist nur zu folgern, daß die Gesamtheit der Eigentümer, nicht aber daß ein einzelner Eigentümer auf die Eigentümergesamthypothek an dem einzelnen Grundstücke verzichten kann (vgl. Hachenburg, Vorträge S. 621; Bruck a. a. O. S. 202 ff.).

4. Auf Grund der Vorschrift des § 1132 Abs. 2 sind die Eigentümer aller belasteten Grundstücke befugt, **die Gesamthypothek in Einzelhypotheken umzuwandeln**, indem sie den Betrag auf die einzelnen Grundstücke verteilen (vgl. S. 568 f. Erl. 3b zu § 1132). Wie große Teilbeträge sie den einzelnen Grundstücken zuteilen, unterliegt ihrem Ermessen. An das Wertverhältnis sind sie in diesem Falle nicht gebunden. Sie können auch die Hypothek auf dem einen Grundstücke ganz löschen lassen. Zu dieser Verteilung bedarf es aber nach dem in Erl. 3b Gesagten der Übereinstimmung aller Eigentümer; die Vorschrift des § 1132 Abs. 2 wird daher nur selten zur Anwendung kommen, es sei denn, daß alle Grundstücke demselben Eigentümer gehören. Deshalb gewährt § 1172 Abs. 2 für den Fall, daß die Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören, jedem einzelnen Eigentümer **das Recht auf Zuteilung eines Teilbetrags** an seinem Grundstücke.

a) Der Teilbetrag bestimmt sich nach dem Verhältnisse des Wertes des einzelnen Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen belasteten Grundstücke, wobei der Betrag der der Gesamthypothek vorgehenden Lasten von dem Grundstückswert abgerechnet wird. Haben also z. B. die drei mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke einen Wert von je 15000 Mark und geht der Gesamthypothek auf dem einen Grundstück eine Hypothek von 10000 Mark und auf dem anderen eine solche von 5000 Mark vor, während auf dem dritten keine vorgehende Belastung vorhanden ist, so ist die Gesamthypothek in dem Verhältnisse von 1 zu 2 zu 3 auf die drei Grundstücke zu verteilen. Beträgt sie also z. B. 30000 Mark, so fällt auf das ersterwähnte Grundstück ein Teilbetrag von 5000 Mark, auf das zweite ein solcher von 10000 Mark und auf das dritte der Rest von 15000 Mark.

Zu den vorhergehenden Belastungen, deren Betrag von dem Werte abzuziehen ist, gehören nicht nur Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, sondern auch sonstige beschränkte dingliche Rechte; auch Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung solcher Rechte sind gleichzustellen (a. M. Gierke, Deutsches Privatr. II S. 941 § 167 Anm. 33), bloße Rangvorbehalte dagegen nicht. Eine vorgehende Gesamthypothek ist ihrem ganzen Betrage nach abzurechnen (s. Hachenburg, Vorträge S. 619; Lang a. a. O. S. 299).

b) Streitig ist, welcher Zeitpunkt der Wertberechnung zugrunde zu legen ist. In der zweiten Kommission bestand Einverständnis darüber, „daß der Zeitpunkt entscheiden solle, in welchem die Hypothek als Gesamthypothek zur Entstehung gelangt sei“ (P. II Bd. 3 S. 629). Ebenso Lang a. a. O. S. 298 und Fuchs S. 554 Erl. 7. Dagegen wollen Hachenburg, Vorträge S. 619 ff., Boehm S. 256 Erl. III, Biermann S. 385 Erl. 2c, Turnau-Förster I S. 770 Anm. 4, Bruck a. a. O. S. 206, Kretzschmar I S. 379, Staudinger III S. 486

Erl. 2a, Gierke a. a. O. S. 942 Ziff. VI, Willenbücher S. 221 Erl. 3 und Oberneck I S. 890 den Augenblick der Teilung entscheiden lassen, ersterer auf Grund der Erwägung, daß § 1172 Abs. 2 die Auseinandersetzung einer Gemeinschaft enthalte und daß man bei der Ansicht der Protokolle zu dem Ergebnisse käme, daß bei der Verteilung der Eigentümerhypothek sich der eine Eigentümer eine von ihm erworbene Hypothek einrechnen lassen müßte, selbst wenn diese jetzt nicht mehr bestehe. Indessen gerade dieser Fall läßt erkennen, daß die Ansicht Hachenburgs zu einem unbilligen Ergebnisse führt. Dem einzelnen Eigentümer kann mit Rücksicht auf die nachstehenden Belastungen sehr viel daran gelegen sein, die Eigentümerhypothek zu einem möglichst hohen Teilbetrage zu erwerben. Er würde daher benachteiligt werden, wenn der andere Eigentümer berechtigt wäre, durch Löschung einer auf ihn übergegangenen vorgehenden Hypothek den auf sein Grundstück entfallenden Teilbetrag zu erhöhen, während dieser Eigentümer, wie er durch die Löschung der vorgehenden Hypothek zu erkennen gibt, an dem Erwerb einer möglichst hohen Eigentümerhypothek kein Interesse hat. Nicht das Interesse des letzteren, sondern das der übrigen Eigentümer muß daher den Ausschlag geben. Durch einseitige Rechtshandlungen eines Gemeinschafters kann dieser seinen Anteil an dem gemeinschaftlichen Vermögen nicht erhöhen; deshalb kann nie ein späterer Zeitpunkt als der des Überganges der Gesamthypothek auf die Eigentümer in Betracht kommen. Mit diesem erwirbt der einzelne Eigentümer ein Recht auf Zuteilung des dem jetzigen Wertverhältnis entsprechenden Teilbetrags. Solange aber die Gesamthypothek dem Gläubiger zusteht, hat er noch kein Recht. Demnach ist der Wertberechnung der Zeitpunkt der Eintragung der Gesamthypothek nur dann zugrunde zu legen, wenn die Hypothek von vornherein den Eigentümern zusteht (§ 1163 Abs. 1 Satz 1, § 1163 Abs. 2), dagegen die Zeit ihres Überganges auf die Eigentümer, wenn sie zunächst als Gläubigerhypothek zur Entstehung gelangt (§ 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1175).

c) Dem einzelnen Eigentümer wird durch Abs. 2 das Recht auf Zuteilung des auf sein Grundstück entfallenden Teilbetrags, nicht auf Verteilung der Gesamthypothek auf alle Grundstücke gegeben. **Es braucht also die Verteilung nicht gleichzeitig hinsichtlich aller belasteten Grundstücke zu erfolgen,** vielmehr kann trotz jener Zuteilung die Hypothek hinsichtlich der übrigen Grundstücke Gesamthypothek bleiben. Sie vermindert sich an diesen aber um den jenem Eigentümer zugeteilten Betrag (vgl. Hachenburg, Vorträge S. 620; a. M. Lang a. a. O. S. 296ff.; nach ihm soll die zugeteilte Hypothek im Verhältnisse zu der Hypothek an den übrigen Grundstücken Gesamthypothek bleiben, bis die Aufteilung vollendet ist, während durch § 1172 Abs. 2 dem Eigentümer gerade ein Recht auf Zuteilung einer Einzelhypothek gegeben wird). Mit der Zuteilung ist stets die Löschung der Gesamthypothek auf den übrigen Grundstücken in Höhe des zugeteilten Teilbetrags zu verbinden.

d) **Die Zuteilung vollzieht sich** gemäß § 1132 Abs. 2 Satz 2 nach den Vorschriften der §§ 875, 876, 878 (vgl. S. 568f. Erl. 3b zu § 1132). Demnach bedarf es vor allem der Erklärung sämtlicher Eigentümer, denen die Gesamthypothek zusteht, gegenüber dem Grundbuchamt und der Eintragung in das Grundbuch. Ist ein Eigentümer aus der Gemeinschaft ausgeschieden, weil er bereits vorher die Zuteilung eines Teilbetrags auf seinem Grundstück erwirkt hat, so ist seine Mitwirkung nicht mehr erforderlich. Die Eintragung hat in der Weise zu geschehen, daß auf dem Grundstücke des Eigentümers, der die Zuteilung beansprucht, die Löschung der Gesamthypothek bis auf den zugeteilten Betrag, die Löschung des Mithaftvermerkes (GBO. § 49 Abs. 2) und die Umschreibung des zugeteilten Betrags auf den Eigentümer erfolgt, während auf den übrigen belasteten Grundstücken die Gesamthypothek in Höhe des zugeteilten Betrags zu löschen, das Ausscheiden des Eigentümers aus der Gemeinschaft zu vermerken und der Mithaftvermerk zu ändern ist.

Ist die Gesamthypothek eine Briefhypothek, so ist nach § 64 der GBO. über den zugeteilten Betrag ein neuer Brief zu erteilen und der bisherige Brief mit dem entsprechenden Vermerke zu versehen; bei der völligen Aufteilung ist letzterer zu vernichten.

e) Das im Abs. 2 gewährte Recht auf Zuteilung eines Teilbetrags besteht nur, **„sofern nicht ein anderes vereinbart ist“.** Dadurch ist die Berücksichtigung etwaiger ausdrücklicher Vereinbarungen sowie auch des zwischen den Eigentümern bestehenden Rechtsverhältnisses, falls dieses dem Rechte auf Zuteilung überhaupt oder auf Zuteilung eines dem Wertverhältnis entsprechenden Teilbetrags widersprechen sollte, gesichert (vgl. Lang a. a. O. S. 299).

Nach Boehm S. 255 Ziff. III bedarf eine das Recht aus § 1172 Abs. 2 abändernde Vereinbarung der Eintragung in das Grundbuch, damit gegenüber Dritten, welche später Rechte an dem Grundstück erwerben, der gesetzliche Teilungsmodus außer Betracht bleiben kann. Hiergegen

§. 1173. Befriedigt der Eigenthümer eines der mit einer Gesammthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigenthümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigenthümer übertragen wird oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigenthümers vereinigen.

Kann der Eigenthümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigenthümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigenthümers Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigenthümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesammthypothek.

---

bemerken Turnau-Förster I S. 769 Erl. 3 mit Recht, daß ein der Gesamthypothek nachstehender Berechtigter stets damit rechnen muß, daß der Gesamthypothekengläubiger seine Befriedigung lediglich aus dem auch ihm verhafteten Grundstücke sucht; nach ihnen bedarf die vertragsmäßige Feststellung des Anteilsverhältnisses nur der Eintragung, wenn sie gegen spätere Eigentümer wirksam werden soll. Indessen eine Abänderung des im § 1172 Abs. 2 gewährten Rechtes kann vor dem Übergange der Gesamthypothek auf die Eigentümer nicht mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, da die Eigentümer noch gar kein Recht an der Hypothek haben; ein Antrag, eine solche Vereinbarung mit dinglicher Wirkung zuzulassen, ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden (P. II Bd. 3 S. 724 f.) Demnach ist höchstens eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Änderung des Rechtes der Eigentümer an der Gesamthypothek nach Analogie des § 1179 eintragungsfähig (ebenso Bruck a. a. O. S. 205, Seller Vormerkung S. 26; a. M. Fuchs S. 553 f. Erl. 5, 8); vgl. über die Frage der Zulässigkeit einer solchen Vormerkung Erl. 6 zu § 1179. Verneint man die Zulässigkeit oder ist die Eintragung der Vormerkung unterblieben, so wirkt die Vereinbarung nicht gegen die Sondernachfolger der Vertragschließenden im Eigentum an den belasteten Grundstücken.

5. Hinsichtlich des **Inhalts der Eigentümer-Gesamthypothek** gilt im übrigen § 1177 und, wenn nur ein Teilbetrag der Gesamthypothek zur Eigentümerhypothek geworden ist, steht der Resthypothek des Gläubigers nach § 1176 der Vorrang zu.

6. Auf **Grundschulden** findet § 1172 in demselben Umfang Anwendung, wie die Bestimmungen des § 1163, und die Ausnahmen von den letzteren Vorschriften kommen auch hier in Betracht (vgl. S. 640 Erl. 6 zu § 1163). Daneben enthalten die §§ 1173—1175 Ausnahmebestimmungen (s. Erl. 1).

§ 1173.

E. I § 1094 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4; II § 1080 rev. § 1157; III § 1156. P. I S. 5218 ff., 11998; M. III S. 729 f. P. II Bd. 3 S. 632 ff., 637 f., 721, 727 f. D. S. 673.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 206 ff.; Lang, Gesamthypothek, im Arch. f. civ. Pr. 89 S. 300 ff.

1. **Übergang der Gesamthypothek auf einen der Eigentümer.** Von der Regel des § 1172 Abs. 1 macht der § 1173 Ausnahmen, und zwar zunächst für den Fall, daß einer der Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger befriedigt. In diesem Falle liegt kein Grund vor, aus der von dem einen Eigentümer bewirkten Befriedigung die anderen Eigentümer Vorteil ziehen zu lassen, indem die Hypothek der Regel des § 1172 Abs. 1 gemäß auf alle Eigentümer übertragen wird (vgl. D. S. 673). Da die Befriedigung nur aus dem Vermögen des einen Eigentümers erfolgt, kann auch nur diesem die Eigentümerhypothek zufallen. Im Gegensatze zu dem preuß. Rechte (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 230 Erl. 2d zu § 42 des Eig.Erw.Ges.; RG. 3 S. 259, 41 S. 213; RG. in Gruch. 26 S. 1129, 27 S. 1039, 34 S. 139) und dem E. I § 1094 Abs. 3 Satz 2 erwirbt aber der den Gläubiger befriedigende Eigentümer nicht die Gesamthypothek an allen belasteten Grundstücken, sondern nur die Hypothek an seinem Grundstück und in Höhe des Ersatzanspruchs an dem Grundstücke des Eigentümers, der oder dessen Rechtsvorgänger ihm ersatzpflichtig ist; im übrigen erlischt die Gesamthypothek. Dem befriedigenden Eigentümer weitergehende Rechte zuzubilligen, ist als unbillig gegenüber den anderen Eigentümern abgelehnt worden; der Eigentümer könne sonst die Hypothek auf seinem Grundstücke löschen lassen und an einem der anderen Grundstücke geltend machen; wenn er dann

von dem Eigentümer dieses Grundstücks befriedigt würde, könnte sich der Vorgang entsprechend wiederholen und so schließlich der Erfolg eintreten, daß der zuletzt belangte Eigentümer den ganzen Betrag der Gesamthypothek zahlen müsse (vgl. P. II Bd. 3 S. 634; D. S. 673).

Der Befriedigung des Gläubigers durch einen der Eigentümer ist, wie in anderen Fällen (vgl. § 1164 Abs. 2, § 1174), die Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person gleichgestellt. Die Gleichstellung des weiteren Falles der Übertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer beruht auf der Erwägung, daß das praktische Bedürfnis und die Auffassung des Verkehrs die gleiche Behandlung dieses Falles mit dem der Befriedigung des Gläubigers erfordere, weil es dem Gläubiger, wenn er befriedigt werde, regelmäßig gleichgültig sei, ob er Quittung erteile oder dem zahlenden Eigentümer die Forderung abtrete, und weil sich demzufolge in einzelnen Gegenden Deutschlands der Gebrauch eingebürgert habe, daß der Zahlende sich regelmäßig nicht Quittung geben, sondern die Forderung abtreten lasse (vgl. P. II Bd. 3 S. 633ff.; D. S. 673; Rspr. 9 S. 317).

2. Voraussetzung für die Anwendung des § 1173 ist

a) zunächst die **Verschiedenheit der Eigentümer** der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke. Gehören alle Grundstücke demselben Eigentümer, so erwirbt dieser die Gesamthypothek in vollem Umfang und zwar selbst dann, wenn der Gläubiger nur aus einem der belasteten Grundstücke Befriedigung gesucht und der Eigentümer zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in dieses Grundstück gezahlt hat (vgl. Lang a. a. O. S. 302, Hachenburg, Vorträge S. 629f.). Die Verschiedenheit der Eigentümer muß zu der Zeit des Überganges der Hypothek auf den Eigentümer, also zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers, der Übertragung des Gläubigerrechts oder der Vereinigung von Forderung und Schuld gegeben sein.

b) Außerdem muß **einer der gedachten Fälle der Eigentümerhypothek** vorliegen. Andere Erlöschungsgründe der Forderung außer der Befriedigung oder der Konfusion sowie andere Entstehungsgründe der Eigentümerhypothek rechtfertigen die Anwendung des § 1173 nicht; in diesen Fällen verbleibt es bei der Regel des § 1172 (vgl. jedoch Erl. 3 zu § 1175).

α) Unter der **Befriedigung** des Gläubigers ist nicht nur die Zahlung, sondern auch jede andere Art der Tilgung der Schuld, z. B. Annahme an Erfüllungsstatt, Hinterlegung oder Aufrechnung zu verstehen. Auch die Hinterlegung gemäß § 1171 gehört hierher (vgl. S. 657 Erl. 3 zu § 1172). Ausgenommen ist nur die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung, welche durch § 1181 Abs. 2, 3 und § 1182 geregelt ist und dem Eigentümer des versteigerten Grundstücks nie eine Eigentümerhypothek an diesem verschafft. Erforderlich ist ferner die Befriedigung **durch den Eigentümer eines der belasteten Grundstücke.** Den Gegensatz hierzu bildet die Befriedigung durch alle Eigentümer zusammen; diese bewirkt den Übergang der Gesamthypothek auf alle Eigentümer gemäß § 1172 Abs. 1. Dagegen wird die Anwendung des § 1173 nicht dadurch ausgeschlossen, daß alle Eigentümer bei der Befriedigung mitwirken, indem der eine diesen, der andere jenen Teilbetrag an den Gläubiger zahlt, sofern die Zahlung nur von jedem einzelnen im eigenen Namen und nicht namens der Gesamtheit der Eigentümer erfolgt. In diesem Falle erwirbt jeder Eigentümer in Höhe des von ihm gezahlten Betrags die Hypothek an seinem Grundstück und in Höhe eines etwaigen Ersatzanspruchs auch an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen (vgl. Lang a. a. O. S. 303; Hachenburg, Vorträge S. 630).

In dem Falle des § 1171 erwirbt derjenige Eigentümer die Hypothek, welcher die Hinterlegung vorgenommen hat. Ob er allein oder alle Eigentümer zusammen das Aufgebotsverfahren beantragt haben, ist gleichgültig. Die Befriedigung erfolgt nicht durch das Ausschlußurteil, sondern durch die Hinterlegung (vgl. S. 656 Erl. 6c zu § 1171).

Die Vorschrift des § 1173 findet auch dann Anwendung, wenn der den Gläubiger befriedigende Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist, wie § 1143 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt.

β) Auf welche Weise **die Übertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer** erfolgt, wird nicht unterschieden; der § 1173 findet sowohl dann Anwendung, wenn der Eigentümer eines der belasteten Grundstücke durch Rechtsgeschäft, als auch wenn er kraft Gesetzes (vgl. § 1143 Abs. 2) die Forderung nebst der Hypothek erwirbt. Demnach erlangt auch der Eigentümer, der den Gläubiger beerbt, nicht die Gesamthypothek, sondern gemäß § 1173 regelmäßig nur die Hypothek an seinem Grundstück, auch wenn er nicht der persönliche Schuldner der gesicherten Forderung ist. Auch die Übertragung des dinglichen Rechtes allein genügt, soweit diese gemäß § 1153 möglich ist; der § 1173 findet also insbesondere auch auf die Grundschuld Anwendung (vgl. Hachenburg, Vorträge S. 624). Wenn umgekehrt der Gläubiger den Eigentümer beerbt

oder sonst das Eigentum auf den Gläubiger übertragen wird, so kommt § 1173 nicht zur Anwendung (s. Fuchs S. 556 Erl. 4, Biermann S. 387 Erl. 1).

γ) Eine **Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers** eines der belasteten Grundstücke tritt ein, wenn dieser zugleich der persönliche Schuldner ist und den Gläubiger beerbt oder von dem Gläubiger beerbt wird (a. M. in dem letzten Punkt Fuchs und Biermann a. a. O.). Daß der Eigentümer als Gesamtschuldner neben anderen haftet, schließt die Anwendung des § 1173 nicht aus; es ist jedoch für die Vorschrift des Abs. 2 von Bedeutung. Wenn der Eigentümer nur zum Teil Schuldner der persönlichen Forderung ist, findet § 1173 trotzdem Anwendung, weil teils eine Vereinigung von Forderung und Schuld teils eine Übertragung des Gläubigerrechts gegeben ist.

3. **Regelmäßige Wirkung.** Unter diesen Voraussetzungen erwirbt der Eigentümer regelmäßig nur die Hypothek an seinem Grundstück (als Hypothek oder als Grundschuld gemäß § 1177), diese aber zu dem vollen Betrage, zu dem die Gesamthypothek an seinem Grundstücke besteht, nicht nur in Höhe des dem Wertverhältnis entsprechenden Teilbetrags (§ 1172 Abs. 2). Die Hypothek wird also zur Einzelhypothek. Lastet die Gesamthypothek aber auf mehreren selbständigen Grundstücken desselben Eigentümers, in dessen Person die in Erl. 2 erörterten Voraussetzungen vorliegen, so bleibt sie an diesen Grundstücken Gesamthypothek.

Die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Wie der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer, so vollzieht sich auch dieses Erlöschen kraft Gesetzes; die Löschung ist nicht erforderlich, sie dient nur zur Berichtigung des Grundbuchs. Dem Antrag auf Löschung kann nur stattgegeben werden, wenn durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bewiesen wird, daß die in Erl. 2 erörterten Voraussetzungen in der Person eines anderen Eigentümers vorliegen und daß diesem kein Rückgriffsrecht gegen den Eigentümer des Grundstücks, hinsichtlich dessen die Löschung erfolgen soll, oder gegen dessen Rechtsvorgänger zusteht (RG. 24 S. A 256). Außerdem ist nach § 27 Abs. 1 der GBO. die Zustimmung des Eigentümers erforderlich (vgl. Rspr. 3 S. 225, andererseits RG. 28 S. A 289; a. M. Turnau-Förster I S. 773 Erl. 4), während der Antrag auch von einem anderen gemäß § 13 Abs. 2 der GBO. Antragsberechtigten, insbesondere von einem gleich- oder nachstehenden Berechtigten gestellt werden kann. Denn mit dem Erlöschen der Gesamthypothek rücken die nachstehenden Rechte ohne weiteres vor.

4. **Ausnahmsweise** erlangt nach Abs. 2 der Eigentümer neben der Hypothek an seinem Grundstück **auch eine Hypothek an einem mitbelasteten Grundstücke.**

a) **Voraussetzung** hierfür bildet **das Bestehen eines Ersatzanspruchs.** Dieser setzt ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den Eigentümern der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke voraus. Die Gesamthypothek als solche begründet nicht ohne weiteres eine Ausgleichungspflicht (vgl. M. III S. 685 ff.). Demnach muß eine besondere obligatorische Beziehung zwischen den Eigentümern bestehen; ob sie aber auf Vertrag oder auf Gesetz beruht, ist ohne Belang. Ein Ersatzanspruch ist z. B. begründet, wenn der andere Eigentümer bei dem Erwerbe des Grundstücks die Schuld, für welche die Gesamthypothek bestellt ist, als alleinige Schuld übernommen oder wenn er sich umgekehrt bei der Veräußerung des einen mithaftenden Grundstücks an den Eigentümer, in dessen Person die in Erl. 2 erörterten Voraussetzungen vorliegen, zur Tilgung der Gesamthypothek verpflichtet hat. Kraft Gesetzes besteht ein Ersatzanspruch, wenn die Eigentümer Gesamtschuldner oder Mitbürgen oder der Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedigt hat &c., Bürge und der andere Hauptschuldner ist, auf Grund der §§ 426, 774, ferner zwischen Erben und Vermächtnisnehmern gemäß §§ 2167, 2168 &c. (vgl. Lang a. a. O. S. 316 ff.; Bruck a. a. O. S. 208 f.).

Der Ersatzanspruch muß demjenigen Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedigt oder das Gläubigerrecht übertragen erhalten hat oder in dessen Person Forderung und Schuld sich vereinigt haben, zustehen und gegen den Eigentümer eines der anderen belasteten Grundstücke oder gegen einen Rechtsvorgänger dieses Eigentümers gerichtet sein. Letzterer muß also eine obligatorische Verpflichtung seines Rechtsvorgängers stets gegen sich gelten lassen. Dagegen kann der Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedigt hat &c., einen Ersatzanspruch eines Rechtsvorgängers nur geltend machen, wenn dieser auf ihn übertragen ist.

Hinsichtlich des grundbuchmäßigen Nachweises des Ersatzanspruchs im Falle des § 774 s. Rspr. 9 S. 317.

b) Ist ein solcher Ersatzanspruch vorhanden, so erlischt **die Hypothek an dem Grundstücke des Eigentümers, der oder dessen Rechtsvorgänger ersatzpflichtig ist,** nicht, sondern **geht auf den Eigentümer über, welcher den Gläubiger befriedigt.**

α) Dieser erwirbt die Hypothek aber nur „in Höhe des Ersatzanspruchs“. Übersteigt der Betrag der Hypothek den Ersatzanspruch, so erlischt die Hypothek hinsichtlich des Mehrbetrags; insoweit bleibt es bei der Regel des Abs. 1 (Erl. 3).

β) **Rechtliche Natur der Hypothek an dem eigenen und an dem fremden Grundstück.** Der den Gläubiger befriedigende Eigentümer erlangt nicht zwei voneinander unabhängige Hypotheken, eine an seinem Grundstück und daneben eine an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen; das würde dem oben S. 515 Vorbm. 2f erwähnten Grundsatze widerstreiten, daß die Summe der Belastung aller Grundstücke nicht über den Betrag der Gesamthypothek hinaus erhöht werden darf, weil dadurch die Lage der nachstehenden Berechtigten verschlechtert werden würde (vgl. D. S. 673). Vielmehr bildet die Hypothek für den Ersatzanspruch mit der Hypothek an dem eigenen Grundstücke des Eigentümerhypothekengläubigers eine Gesamthypothek (abw. Biermann im Recht 1905 S. 265, der den letzten Halbsatz des § 1173 dahin auslegt, daß die Regeln der Gesamthypothek auf ein Rechtsverhältnis, das keine Gesamthypothek sei, anzuwenden seien). Die Hypothek an dem eigenen Grundstück ist also, wenn sie die Höhe des Ersatzanspruchs übersteigt, bis zu dem Betrage des Ersatzanspruchs Gesamthypothek und im übrigen Einzelhypothek. Sie zerfällt demnach in zwei Teile, die auch sonst rechtliche Verschiedenheiten haben können. Wenn nämlich auf den den Gläubiger befriedigenden Eigentümer nur das dingliche Recht, nicht auch die persönliche Forderung übergegangen ist, z. B. weil er selbst der persönliche Schuldner der durch die Gesamthypothek gesicherten Forderung war, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstück an sich nach § 1177 Abs. 1 als Grundschuld; die Hypothek an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen bildet dagegen eine Hypothek (a. M. Turnau-Förster I S. 774 Erl. 5, Kretzschmar I S. 381, Fuchs S. 558 Erl. 9, Willenbücher S. 223 Erl. 4), da sie zur Sicherung des Ersatzanspruchs dient; mit diesem verbindet sie sich kraft Gesetzes. Bei der Natur der Gesamthypothek als eines einheitlichen Rechtes (S. 569 Erl. 4 zu § 1132) kann diese aber nicht an einem belasteten Grundstücke Grundschuld und an dem anderen Hypothek sein. Demnach ist das dingliche Recht in Höhe des Ersatzanspruchs an allen belasteten Grundstücken, auch an dem eigenen Grundstücke des Eigentümerhypothekengläubigers, Hypothek und nur hinsichtlich des Überschusses an dem letzteren Grundstück eine Grundschuld (a. M. Lang a. a. O. S. 308, Bruck a. a. O. S. 210f., Biermann S. 388 Erl. 2b und a. a. O.; Oberneck I S. 885; nach ihnen ist die Hypothek an dem eigenen Grundstück, auch soweit sie eine Gesamthypothek ist, Grundschuld). Das spätere Erlöschen des Ersatzanspruchs ist also nicht nur von Einfluß auf die Hypothek an den übrigen Grundstücken, sondern auch auf die an dem eigenen Grundstücke des Eigentümerhypothekengläubigers in Höhe des Ersatzanspruchs bestehende Hypothek. Befriedigt der Ersatzpflichtige den Ersatzberechtigten, so erwirbt er nach § 1173 Abs. 1 die Hypothek an seinem Grundstücke, während das Recht an dem Grundstücke des Ersatzberechtigten, soweit es Gesamthypothek war, also in Höhe des Ersatzanspruchs erlischt. Wird der Ersatzanspruch auf andere Weise als durch Befriedigung aufgehoben, so findet § 1172 auf die Gesamthypothek an allen Grundstücken Anwendung. Wäre die Gesamthypothek an dem eigenen Grundstück eine Grundschuld, so würde das Erlöschen des Ersatzanspruchs nur auf die übrigen Grundstücke, nicht auf das eigene Grundstück wirken, da die Grundschuld von dem Erlöschen der zugrunde liegenden Forderung unberührt bleibt. Dadurch würde eine dem obigen Grundsatze widersprechende Vervielfältigung der Gesamthypothek eintreten. Tilgt der persönliche Schuldner des Ersatzanspruchs nach der Veräußerung des Grundstücks, an welchem der Ersatzberechtigte eine Hypothek für seine Ersatzforderung erworben hat, diese Forderung, so finden die Vorschriften der §§ 1174, 1172 ebenfalls auf die ganze gemäß § 1173 Abs. 2 entstandene Gesamthypothek Anwendung.

Wenn dagegen der Eigentümer auf Grund des § 1173 Abs. 1 nicht nur das dingliche Recht, sondern auch die durch die Gesamthypothek gesicherte persönliche Forderung erwirbt, bleibt das Recht an allen Grundstücken eine Hypothek. Streitig ist aber, welche Forderung durch diese gesichert wird. Nach Lang und Biermann a. a. O. soll die Hypothek an dem eigenen Grundstücke für die auf den Eigentümer übergegangene ursprüngliche Forderung, die Hypothek an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen dagegen für die Ersatzforderung bestehen. Diese Ansicht ist mit der Natur der Gesamthypothek unvereinbar; diese setzt eine einheitliche Forderung voraus (S. 567 Erl. 1b zu § 1132). Die Gesamthypothek des § 1173 Abs. 2 kann daher an allen Grundstücken, auch an dem des Eigentümerhypothekengläubigers, nur entweder für diese oder für jene Forderung bestehen. Im Gegensatze zu Turnau-Förster I S. 774 Erl. 5, welche das auf den Eigentümerhypothekengläubiger übergegangene ursprüngliche Forderungsrecht als die durch die Eigentümerhypothek und die Gesamthypothek gesicherte Forderung ansehen,

ist richtiger auch hier zwischen der Gesamthypothek und dem überschießenden Betrage der Eigentümerhypothek zu unterscheiden und als die durch jene gesicherte Forderung der Ersatzanspruch zu betrachten, denn sonst würden dem Eigentümer des mitbelasteten Grundstücks die gegen die übertragene Forderung begründeten Einreden gemäß § 1137 zustehen, während der Bestand dieser Forderung für die Gesamthypothek des § 1173 Abs. 2 gleichgültig ist.

γ) In dem vorstehenden ist nur der Fall berücksichtigt, daß dem Eigentümerhypothekengläubiger nur ein mit der Gesamthypothek belastetes Grundstück gehört, und daß er nur gegen den Eigentümer eines anderen Grundstücks eine Ersatzforderung hat. Wenn er Eigentümer mehrerer mitbelasteter Grundstücke ist, so erwirbt er an allen diesen die Eigentümerhypothek. In diesem Falle steht ihm also auch hinsichtlich des den Ersatzanspruch übersteigenden Betrags eine Gesamthypothek zu und die Gesamthypothek für den Ersatzanspruch belastet sowohl das Grundstück des Ersatzpflichtigen wie die Grundstücke des Ersatzberechtigten. Hat der Ersatzpflichtige mehrere Grundstücke, die mit der ursprünglichen Gesamthypothek belastet waren, oder haften dem Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt hat, für denselben Ersatzanspruch mehrere Eigentümer mitbelasteter Grundstücke, so erstreckt sich die Gesamthypothek für den Ersatzanspruch auch auf diese Grundstücke.

Von dem letzteren Falle ist aber der der Haftung mehrerer Eigentümer mitbelasteter Grundstücke für verschiedene Ersatzansprüche zu unterscheiden. Besteht z. B. zwischen den Eigentümern der drei mit einer Gesamthypothek von 3000 Mark belasteten Grundstücke eine Ausgleichungspflicht zu gleichen Teilen, so steht dem Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt hat, an seinem Grundstück eine Einzelhypothek von 1000 Mark, an seinem Grundstück und an dem des einen Ersatzpflichtigen eine Gesamthypothek von 1000 Mark für den Ersatzanspruch gegen diesen und eine gleiche Gesamthypothek für den Ersatzanspruch gegen den zweiten Ersatzpflichtigen an dessen und an dem eigenen Grundstücke zu; die Eigentümerhypothek zerfällt in diesem Falle also in drei Teile.

δ) Noch verwickelter wird das Rechtsverhältnis, wenn der Gläubiger der Gesamthypothek von dem Eigentümer eines der belasteten Grundstücke nur zum Teil befriedigt wird oder wenn nur ein Teil der Gesamthypothek auf den letzteren übertragen wird oder durch Konfusion erlischt. Alsdann bleibt dem Gläubiger die Gesamthypothek für seine Restforderung an allen belasteten Grundstücken und nur in Höhe jenes Teiles treten die geschilderten Wirkungen ein. Der Resthypothek des Gläubigers steht nach § 1176 der Vorrang vor der Eigentümerhypothek und vor der Gesamthypothek für die Ersatzforderung zu.

c) **Das Recht des Eigentümers** auf die Hypothek an dem Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers eines mitbelasteten Grundstücks **darf durch den Gläubiger der Gesamthypothek nicht geschmälert werden.** Wenn dieser auf die Hypothek an jenem Grundstücke ganz oder zum Teil (z. B. durch Verteilung gemäß § 1132 Abs. 2) verzichtet oder diese nach § 1183 aufgehoben oder einem anderen Rechte den Vorrang eingeräumt hat, so ist die Vorschrift des § 1165 entsprechend anwendbar. Ist der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so wird er von der persönlichen Schuld insoweit frei, als er ohne diese Verfügung aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können (vgl. S. 644 Erl. 3 zu § 1165). Die Folge des Erlöschens der persönlichen Schuld ist der Übergang der Hypothek auf die Eigentümer der belasteten Grundstücke gemäß § 1172 in Höhe des Betrags, um den der persönliche Schuldner geschädigt ist. Haftet der Eigentümer nur mit dem Grundstücke, so kann er in Höhe dieses Betrags die Befriedigung des Gläubigers verweigern und dessen Verzicht auf die Gesamthypothek gemäß § 1169 fordern (vgl. P. II Bd. 3 S. 636; Hachenburg, Vorträge S. 627 f.; a. M. Fuchs S. 558 Erl. 10, Maenner S. 345 Anm. 24 und für den Fall, daß der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist, Lang a. a. O. S. 315 f.).

5. Auf die gemäß § 1173 entstehende Eigentümerhypothek finden die Vorschriften des § 1177 und auf die Gesamthypothek des § 1173 Abs. 2 die sonstigen Bestimmungen über die Gesamthypothek (§§ 1132, 1172—1175) Anwendung.

6. **Übergangsbestimmung.** Die in den Bestimmungen des § 1173 enthaltenen Neuerungen gegenüber dem bisherigen Rechte finden auf die vor dem Inkrafttreten des Reichsgrundbuchrechts bestellten Hypotheken nur dann Anwendung, wenn die Befriedigung des Gläubigers oder der dieser im § 1173 Abs. 1 Satz 2 gleichgestellte Umstand erst nach dem Inkrafttreten des Reichsrechts eingetreten ist (vgl. Bd. VI S. 391 Erl. 8i zu Art. 192; Rspr. 1 S. 425).

7. Die Vorschriften des § 1173 sind wegen der Gleichheit des Rechtsverhältnisses auf eine Einzelhypothek entsprechend anzuwenden, wenn das belastete Grundstück im **Miteigentume nach Bruchteilen** steht (vgl. S. 566 Erl. 1a zu § 1132; s. auch KG. in CBl. f. FG. 6 S. 25).

§. 1174. Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, dem eine Gesammthypothek zusteht, oder vereinigen sich bei einer Gesammthypothek Forderung und Schuld in einer Person, so geht, wenn der Schuldner nur von dem Eigenthümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigenthümers Ersatz verlangen kann, die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt.

Ist dem Schuldner nur theilweise Ersatz zu leisten und geht deshalb die Hypothek nur zu einem Theilbetrag auf ihn über, so hat sich der Eigenthümer diesen Betrag auf den ihm nach §. 1172 gebührenden Theil des übrigbleibenden Betrags der Gesammthypothek anrechnen zu lassen.

Befriedigt also einer der Miteigentümer den Gläubiger und zwar lediglich im eigenen Namen, nicht zugleich in dem der anderen Miteigentümer, so geht die Hypothek nicht auf alle Eigentümer über, weil die übrigen sonst grundlos bereichert würden. Sie fällt auch nicht jenem Miteigentümer an dem ganzen Grundstücke zu, sondern er erhält sie an seinem Miteigentumsanteil und in Höhe eines etwaigen Ersatzanspruchs an den Anteilen der anderen Miteigentümer. Im übrigen erlischt sie (a. M. für den Fall, daß nicht die Miteigentumsanteile als solche, sondern das ganze Grundstück belastet ist, Oberneck I S. 886f., Biermann S. 343 Erl. 3 zu § 1143, Turnau-Förster I S. 665 Erl. II5 zu § 1132, Staudinger III S. 490 Erl. IV, Willenbücher S. 223 Erl. 8; abw. Fuchs S. 557 Erl. 6c, Boehm im Recht 1905 S. 341).

8. Über die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 1173 auf **Grundschulden und Rentenschulden** vgl. Erl. 4d zu § 1192.

§ 1174.

E. II § 1081 rev. § 1158; III § 1157. P. II Bd. 3 S. 631, 636 ff. D. S. 673.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 213ff.; Meikel in Bl. f. RAnw. 1903 S. 112ff.; Lang im Arch. f. civ. Pr. 89 S. 310ff.

1. **Übergang der Gesamthypothek auf den persönlichen Schuldner.** Durch § 1174 wird die den Übergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner regelnde Vorschrift des § 1164 ergänzt. Die Voraussetzungen beider Paragraphen unterscheiden sich nur dadurch voneinander, daß § 1164 eine Einzelhypothek, § 1174 eine Gesamthypothek im Auge hat. Wie § 1164 von der Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2, so macht § 1174 von der des § 1172 eine Ausnahme.

2. Über die **Voraussetzungen** des § 1174 vgl. S. 641 Erl. 2 zu § 1164. Ist der persönliche Schuldner Eigentümer eines der belasteten Grundstücke, so kommt nicht § 1174, sondern § 1173 zur Anwendung.

3. Hinsichtlich der **Wirkungen** der Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers durch den persönlichen Schuldner oder der Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) **Dem persönlichen Schuldner steht kein Ersatzanspruch zu.** Dann verbleibt es bei der Regel des § 1172; die Gesamthypothek fällt an alle Eigentümer der belasteten Grundstücke.

b) **Der persönliche Schuldner kann den ganzen Betrag** der Gesamthypothekenforderung **von jedem der Eigentümer** der belasteten Grundstücke (oder deren Rechtsvorgänger) **ersetzt verlangen**; die Eigentümer haften ihm also als Gesamtschuldner. Dann geht die ganze Gesamthypothek auf ihn über.

c) **Die Eigentümer haben** dem persönlichen Schuldner **den ganzen Betrag zu ersetzen**; sie haften aber nicht als Gesamtschuldner, sondern **jeder zu einem Teile.** Alsdann erwirbt der Schuldner an jedem belasteten Grundstück eine Einzelhypothek in Höhe seines Ersatzanspruchs gegen dessen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger und im übrigen erlischt die Hypothek. Sind mehrere Grundstücke desselben Eigentümers mit der Gesamthypothek belastet, so erlangt der Schuldner an diesen in Höhe seiner Ersatzforderung gegen ihren Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger eine Gesamthypothek.

d) Der persönliche Schuldner kann nicht von allen Eigentümern oder deren Rechtsvorgängern, sondern **nur von einem oder mehreren derselben Ersatz fordern, aber in voller Höhe** des Hypothekenbetrags. Dann erlischt die Hypothek an den Grundstücken der Eigentümer, welche weder selbst noch deren Rechtsvorgänger ersatzpflichtig sind. Hinsichtlich der anderen Grundstücke gilt das unter b und c Gesagte.

e) Der persönliche Schuldner kann **nur einen Teil des Hypothekenbetrags ersetzt verlangen, obwohl er den Gläubiger voll befriedigt hat.** Dann findet das unter b, c und d Gesagte nur in Höhe dieses Teilbetrags Anwendung. Bezüglich des überschießenden Betrags der Gesamthypothek verbleibt es bei der Regel des § 1172; er fällt allen Eigentümern zu (a. M. für den unter c erwähnten Fall Turnau-Förster I S. 779 Erl. 3; dagegen Fuchs S. 562f. Erl. 6). Vor ihr steht der Hypothek des Schuldners nach § 1164 Abs. 1 Satz 2 der Vorrang zu.

f) **Die Hypothekenforderung ist nur zum Teil** durch Befriedigung oder Konfusion **erloschen.** Alsdann bleibt die Gesamthypothek des Gläubigers für den Restbetrag bestehen und nur im übrigen kommen die unter a—e angeführten Sätze zur Anwendung. Der Resthypothek des Gläubigers steht der Vorrang vor der Eigentümerhypothek und vor der Hypothek des persönlichen Schuldners zu (§ 1176).

4. Von der gemäß § 1174 entstehenden **Hypothek des persönlichen Schuldners** gilt das in den Erl. 3, 5 zu § 1164 (S. 641f.) Gesagte. Ist sie eine Gesamthypothek, so findet § 1132 Anwendung. Auch die den Schutz des persönlichen Schuldners bezweckenden Vorschriften der §§ 1165—1167 gelten nicht nur für die Einzelhypothek, sondern auch für den Fall des § 1174.

Nicht nur der Übergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner, sondern auch das **Erlöschen der Gesamthypothek** gemäß § 1174 Abs. 1 Halbs. 2 vollzieht sich kraft Gesetzes (vgl. S. 662 Erl. 3 zu § 1173).

5. **Anrechnung des Betrags der Rückgriffshypothek bei der Verteilung der Eigentümergesamthypothek (Abs. 2).** Die Eigentümergesamthypothek, welche entsteht, wenn der persönliche Schuldner nur einen Teil des durch Befriedigung oder Konfusion getilgten Hypothekenbetrags ersetzt verlangen kann (Erl. 3e), steht im allgemeinen unter der Regel des § 1172 Abs. 2. Sofern nichts anderes vereinbart ist, kann jeder der Eigentümer die Zuteilung des dem Wertverhältnis entsprechenden Teilbetrags der Eigentümergesamthypothek als Einzelhypothek an seinem Grundstücke beanspruchen. Hiervon gilt nach § 1174 Abs. 2 eine Ausnahme. Die Verminderung, welche die Eigentümergesamthypothek durch die auf den persönlichen Schuldner übergegangene Teilhypothek für seine Ersatzforderung gegen einen der Eigentümer erfahren hat, soll den nicht ersatzpflichtigen Eigentümern möglichst unschädlich sein. Der ersatzpflichtige Eigentümer erwirbt ja mit der Befriedigung der Ersatzforderung des persönlichen Schuldners die auf diesen übergegangene Hypothek, während an den Grundstücken der übrigen Eigentümer die Gesamthypothek in gleicher Höhe erloschen ist; er würde also auf Kosten der übrigen Eigentümer bevorzugt werden, wenn er außerdem an der Eigentümergesamthypothek der Regel des § 1172 Abs. 2 entsprechend teilnehmen würde. Deshalb muß er sich auf den ihm nach § 1172 gebührenden Teilbetrag den Betrag der auf seinem Grundstücke lastenden Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners anrechnen lassen (vgl. Lang a. a. O. S. 312; Hachenburg, Beiträge S. 136, Vorträge S. 633f.). Nach der Fassung des Abs. 2 soll nicht der auf jedes Grundstück nach dem Wertverhältnis entfallende Teilbetrag von dem ursprünglichen Betrage der Gesamthypothek, also einschließlich des auf den persönlichen Schuldner übergegangenen Teilbetrags berechnet und hierauf von dem für den ersatzpflichtigen Eigentümer berechneten Teilbetrage der Betrag der Rückgriffshypothek abgezogen werden; sondern nur der „übrigbleibende Betrag der Gesamthypothek", der Betrag der Eigentümergesamthypothek soll gemäß § 1172 Abs. 2 verteilt werden und der ersatzpflichtige Eigentümer soll sich auf den ihm nach den Wertverhältnissen zufallenden Teil dieses Betrags die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners anrechnen lassen, so daß dieser nicht ihm, sondern den übrigen Eigentümern nach Verhältnis des Wertes ihrer Grundstücke zufällt. Demnach ist es mit dem Wortlaute des § 1174 nicht vereinbar, wenn Oberneck I S. 893 und Best S. 120 eine Gesamthypothek von ursprünglich 12000 Mark, von welcher der persönliche Schuldner 2000 Mark als den Betrag seiner Ersatzforderung gegen den einen der beiden Eigentümer der belasteten gleichwertigen und sonst unbelasteten Grundstücke erworben hat, auf die beiden Eigentümer in der Weise verteilen, daß sie dem ersatzpflichtigen 6000—2000 gleich 4000 Mark und dem anderen den Rest zusprechen. Vielmehr würde nach der Fassung der Vorschrift der Betrag der Eigentümergesamthypothek von 10000 Mark nach Verhältnis des Wertes, also bei gleichem Werte je zur Hälfte auf die beiden Grundstücke zu verteilen sein und jener also nur 5000—2000 = 3000 Mark und dieser 7000 Mark erhalten. Dieses Ergebnis ist aber insofern unbefriedigend, als der nicht ersatzpflichtige Eigentümer auf Kosten des ersatzpflichtigen bevorzugt werden würde. Man wird daher trotz des Wortlauts der Bestimmung und, obwohl es an einer die Hinzurechnung des Betrags der Rückgriffshypothek anordnenden Vorschrift fehlt (anders z. B. § 2055 Abs. 1 Satz 2, § 2315 Abs. 2), diese Hinzurechnung als selbstverständlich und die obige Berechnung

§. 1175. Verzichtet der Gläubiger auf die Gesammthypothek, so fällt sie den Eigenthümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu; die Vorschriften des §. 1172 Abs. 2 finden Anwendung. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem.

Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach §. 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird.

---

von Oberneck und Best als richtig ansehen dürfen (so auch die herrschende Meinung, vgl. Meikel a. a. O. S. 116ff.; Bruck a. a. O. S. 215f.; anders scheinbar Hachenburg, Vorträge S. 634).

Ist der anzurechnende Betrag größer als der zu verteilende Betrag, so ist die Gesamthypothek nur auf die Grundstücke der nicht ersatzpflichtigen Eigentümer nach dem Verhältnisse ihres freien Wertes zu verteilen (s. Meikel a. a. O., Fuchs S. 562 Erl. 6). Weitere Einzelheiten bei Meikel und Fuchs a. a. O.

6. Auf die **Grundschuld** und die **Rentenschuld** findet § 1174 ebensowenig Anwendung wie § 1164 (vgl. S. 643 Erl. 7 zu § 1164).

Dagegen wird § 1174, ebenso wie § 1173 (S. 664f. Erl. 7 zu § 1173), entsprechend anzuwenden sein, wenn eine **Einzelhypothek auf einem im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstücke** lastet und der persönliche Schuldner nur gegen einen oder mehrere der Miteigentümer, nicht gegen alle einen Ersatzanspruch hat.

§ 1175.

E. II § 1082 rev. § 1159; III § 1158. P. II Bd. 3 S. 621, 629f., 637f. D. S. 673.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 216f.; Lang im Arch. f. civ. Pr. 89 S. 294f., 301f.

1. **Verzicht auf die Gesamthypothek.** Die Bestimmung des Abs. 1 schließt sich an die Vorschrift des § 1168, welche den Verzicht auf die Einzelhypothek regelt, an und unterscheidet zwischen dem Verzicht auf die Gesamthypothek an allen Grundstücken und dem Verzicht auf die Hypothek an einem der Grundstücke.

a) Die Folge des Verzichts des Gläubigers **hinsichtlich aller Grundstücke** ist der Übergang der Gesamthypothek auf die Eigentümer der belasteten Grundstücke. Es gilt dasselbe wie in dem Falle des Erlöschens der Forderung (vgl. S. 657ff. Erl. 3, 4 zu § 1172).

b) Der Verzicht des Gläubigers auf die Gesamthypothek **an einem oder mehreren der belasteten Grundstücke** hat den Übergang der Hypothek auf den oder die Eigentümer dieser Grundstücke nicht zur Folge. Da die Gesamthypothek an einem oder mehreren Grundstücken, auf die sich der Verzicht nicht erstreckt, fortbesteht, würde die Gesamtbelastung aller Grundstücke über den Betrag der Gesamthypothek hinaus erhöht und die Lage der gleich- oder nachstehenden Berechtigten verschlechtert werden, wenn außer der fortbestehenden Gläubigerhypothek eine Eigentümerhypothek zugelassen würde (vgl. D. S. 673 und oben S. 657 Erl. 3a zu § 1172). Deshalb kann der Verzicht nur das Erlöschen der Hypothek an dem freigegebenen Grundstücke zur Folge haben.

Dieses Erlöschen tritt auf Grund der der Vorschrift des § 1168 Abs. 2 entsprechenden Verzichtserklärung und der Eintragung des Verzichts in das Grundbuch kraft Gesetzes ein, auch wenn diese Eintragung nicht in der Form der Löschung der Hypothek erfolgt.

c) Im übrigen kommen die Erl. zu § 1168 (S. 647ff.) auch hier in Betracht. Daselbst (Erl. 3b*a*) ist bereits erwähnt, daß § 1175 Abs. 1 Satz 2 **auch auf die Einzelhypothek Anwendung** findet, wenn der Gläubiger nur einen Teil des belasteten Grundstücks aus der Haftung entläßt. Dies steht mit dem oben S. 567 Erl. 2 zu § 1132 erwähnten Satze im Zusammenhange, daß eine Einzelhypothek durch Teilung des belasteten Grundstücks zu einer Gesamthypothek wird. Auch der Verzicht auf die Hypothek an einem Bruchteile des im Miteigentume stehenden belasteten Grundstücks hat das Erlöschen der Hypothek an diesem zur Folge (s. S. 664f. Erl. 7).

Wenn in Erl. 2a zu § 1168 gesagt ist, daß die **Eintragung des Verzichts** in das Grundbuch der Zustimmung des Eigentümers nicht bedarf, so gilt dies nur von der Eintragung des Vermerkes, daß der Gläubiger verzichtet habe (a. M. KG. 24 S. A 135), nicht von der Löschung der Hypothek. Zu ihr bedarf es auch in dem Falle des § 1175 Abs. 1 Satz 2 der Zustimmung des Eigentümers auf Grund des § 27 Abs. 1 der GBO., obwohl diese keine materiellrechtliche Voraussetzung des Erlöschens der Hypothek bildet (KG. a. a. O., a. M.

v. Jacubezky in Gruch. 46 S. 65, Frick im Recht 1902 S. 175, Turnau-Förster I S. 780 Erl. 2; vgl. S. 569 Erl. 3 b zu § 1132). Auch auf die Abschreibung eines **Grundstücksteils** ohne Mitübertragung der Hypothek (GBO. § 47 Abs. 2) findet der § 27 Abs. 1 **Anwendung** (RG. 25 S. A 315).

d) **Verzichtet der Gläubiger nur auf einen Teilbetrag** seiner Gesamthypothek, so geht seine Resthypothek der Eigentümergesamthypothek vor (§ 1176). Ein solcher Teilverzicht ist auch nur hinsichtlich eines oder mehrerer der belasteten Grundstücke möglich, da die Gesamthypothek nicht in gleicher Höhe auf allen Grundstücken zu lasten braucht (S. 567 Erl. 1 b zu § 1132). Alsdann erlischt die Gesamthypothek in Höhe des Teilverzichts auf den Grundstücken, auf welche sich dieser bezieht.

e) Nach Hachenburg, Vorträge S. 634, Boehm S. 265 Ziff. I, Turnau-Förster I S. 780 Anm. 5 erreicht der Gläubiger einer Gesamthypothek, welcher die Hypothek einem der Eigentümer der belasteten Grundstücke zuwenden will, dies dadurch, daß er zunächst auf die Hypothek an den anderen Grundstücken verzichtet, so daß die Hypothek nur noch als Einzelhypothek auf dem Grundstücke jenes Eigentümers lastet, und darauf diese durch Verzicht gemäß § 1168 auf den Eigentümer überträgt. Dieser etwas weitläufige Weg braucht natürlich nicht eingeschlagen zu werden, wenn der Gläubiger das persönliche Forderungsrecht nicht behalten will oder wenn ihm ein solches überhaupt nicht zusteht, also bei einer Grundschuld. Dann wird dasselbe Ergebnis durch Übertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer, dem die Eigentümerhypothek an seinem Grundstück in der Höhe des Betrags der Gesamthypothek zugewendet werden soll, gemäß § 1173 Abs. 1 Satz 2 herbeigeführt.

f) Über die Nachteile, die dem Gläubiger erwachsen, wenn er durch Verzicht dem persönlichen Schuldner oder dem Eigentümer eines der belasteten Grundstücke die Hypothek für die Ersatzforderung entzieht, vgl. § 1165, S. 664 Erl. 4 c zu § 1173 und S. 666 Erl. 4 zu § 1174.

2. Nach Abs. 2 tritt die gleiche Wirkung, wie bei dem Verzicht, im Falle des **Ausschlusses des Gesamthypothekengläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens auf Grund des § 1170** ein. Erfolgt der Ausschluß hinsichtlich aller Grundstücke, was, wie S. 652 Erl. 3 zu § 1170 erwähnt, einen Antrag sämtlicher Eigentümer voraussetzt, so fällt die Gesamthypothek den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Ist das Aufgebot aber nur hinsichtlich eines oder mehrerer der belasteten Grundstücke erfolgt, so erlischt mit der Erlassung des Ausschlußurteils kraft Gesetzes die Hypothek an diesen Grundstücken, während sie an den übrigen bestehen bleibt (vgl. im übrigen S. 651 ff. die Erl. zu § 1170).

Auf den gemäß § 1171 erfolgten Ausschluß des Gesamthypothekengläubigers findet, da er wie die Befriedigung des Gläubigers wirkt, nicht § 1175, sondern §§ 1172, 1173 Anwendung (vgl. S. 657 Erl. 3 zu § 1172, S. 661 Erl. 2 b α zu § 1173).

3. Vielfach wird eine entsprechende Anwendung des im § 1175 Abs. 1 Satz 2 ausgesprochenen Prinzips auf die Fälle behauptet, in denen **der eine der Eigentümer** der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke **von seiner persönlichen Schuld auf andere Weise als durch Befriedigung befreit wird**, insbesondere auf den Fall des Erlasses mit Wirkung nur für einen Schuldner oder der rechtskräftigen Abweisung der Forderungsklage gegenüber dem einen Schuldner (vgl. Hachenburg, Vorträge S. 624 f.; Boehm S. 261 f. Ziff. VI zu § 1173; Fuchs S. 556 Erl. 2 zu § 1173; Lang im Arch. f. civ. Pr. 89 S. 301). Dem kann nicht beigetreten werden. Dadurch, daß der Gläubiger einem der Schuldner der durch die Gesamthypothek gesicherten Forderung die Schuld erläßt, während seine Forderung gegen einen oder mehrere andere Schuldner zu ihrem vollen Betrage bestehen bleibt, wird eine Änderung in der Haftung der Grundstücke überhaupt nicht herbeigeführt. Der Eigentümer, dem die persönliche Schuld erlassen ist, haftet nun für die fremde Schuld mit dem Grundstücke. Will der Gläubiger ihm auch diese Haftung erlassen, dann muß er die im § 1168 Abs. 2 vorgeschriebene Form des Verzichts wahren. Auch die rechtskräftige Abweisung der Forderungsklage gegenüber einem der persönlichen Schuldner hat nicht das Erlöschen der für die Forderung bestehenden Gesamthypothek an dem Grundstücke dieses Schuldners zur Folge, sondern berechtigt diesen nur, auf Grund des § 1169 den Verzicht auf die Hypothek zu fordern (vgl. S. 650 Erl. 2, 3 zu § 1169).

Wenn ferner Boehm a. a. O. an dieser Stelle auch den Fall erwähnt, daß **das Recht des Gläubigers an dem einen Grundstücke von vornherein nicht entsteht**, und auch auf ihn das Prinzip des § 1175 Abs. 1 Satz 2 anwenden will, so ist dem entgegenzuhalten, daß es zum Erwerbe der Hypothek durch den eingetragenen Gläubiger genügt, wenn die Forderung auch nur gegen einen persönlichen Schuldner zur Entstehung gelangt, und daß die Nichtigkeit des dinglichen

§. 1176. Liegen die Voraussetzungen der §§. 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175 nur in Ansehung eines Theilbetrags der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigenthümer oder einem der Eigenthümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachtheile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden.

Rechtes wegen mangelnder Einigung oder formgültiger Eintragung die Entstehung einer Eigentümerhypothek stets verhindert (vgl. S. 635ff. Erl. 2 zu § 1163). Für die Anwendung jenes Prinzips ist also in diesen Fällen kein Raum.

4. Über die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 1175 auf **Grundschulden und Rentenschulden** und über die für einzelne Hypothekenarten geltenden **Ausnahmen** vgl. S. 649 Erl. 5 zu § 1168, S. 654 Erl. 8 zu § 1170.

§ 1176.

E. I § 1095, § 1097 Abs. 2; II § 1083 rev. § 1160; III § 1159. P. I S. 5186, 5190, 5224ff., 5361; M. III S. 730f., 733. P. II Bd. 3 S. 608f.

Francke, Teilstücke einer Forderung, in Bl. f. RAnw. 1902 S. 237.

1. **Vorrecht der Restteilhypothek des Gläubigers.** Der Vorschrift des § 1176 liegt der Gedanke zugrunde, daß dem Gläubiger in den Fällen, in welchen ein Teil seiner Forderung kraft Gesetzes auf einen anderen übergeht, während ihm eine Restforderung verbleibt, aus diesem ohne seinen Willen sich vollziehenden Rechtsübergange keine weiteren Nachteile erwachsen dürfen als diejenigen, welche aus dem teilweisen Erlöschen der Forderung sich ergeben würden (M. III S. 730). Dieser Gedanke ist schon in § 426 Abs. 2 Satz 2, § 774 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 für den Fall des Überganges einer Teilforderung des Gläubigers auf einen Gesamtschuldner oder Mitbürgen oder auf den Bürgen, im §§ 1143 Abs. 1 Satz 2 für den Fall der teilweisen Befriedigung des Gläubigers durch den mit dem persönlichen Schuldner nicht identischen Eigentümer und im § 1150 in Verbindung mit § 268 Abs. 3 Satz 2 für die auf einen Ablösungsberechtigten übergehende Teilhypothek zum Ausdrucke gekommen (vgl. Bd. II S. 57f. Erl. 8 zu § 268; oben S. 592 Erl. 3d zu § 1143, S. 607 Erl. 4 zu § 1150). Wie in diesen Fällen soll nach § 1176 auch in den Fällen des Überganges eines Teiles der Hypothekenforderung auf den oder die Eigentümer gemäß §§ 1163, 1168, 1172, 1173, 1175 oder auf den persönlichen Schuldner gemäß §§ 1164, 1174 die Teilhypothek nicht zum Nachteile der Resthypothek des Gläubigers geltend gemacht werden können, insbesondere der letzteren der Vorrang vor jener zustehen (a. M. Francke a. a. O.). Hierdurch wird die Streitfrage des preußischen Rechtes über das Rangverhältnis der auf den Eigentümer übergegangenen Teilhypothek und der Resthypothek des Gläubigers erledigt (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 272 Erl. 4a zu § 63 des EigErwGes.).

2. **Voraussetzungen.** Der § 1176 gilt aber nicht immer, wenn der Eigentümer eine auf seinem Grundstücke lastende Hypothek zum Teil erwirbt.

a) Erwerb kraft Gesetzes, nicht im Wege der Abtretung oder des Erbganges. Vollzieht sich dieser Erwerb nicht kraft Gesetzes, sondern auf Grund einer Abtretung seitens des Gläubigers, so haben die Teilhypotheken in Ermangelung einer bei der Abtretung getroffenen Bestimmung gleichen Rang, vorausgesetzt, daß nicht der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist und daher die Übertragung das Erlöschen der Teilforderung durch Konfusion und die Entstehung der Eigentümerhypothek gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 zur Folge hat (RG. 29 S. A 179). Anderseits wird aber die Anwendung des § 1176 nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger dem ihn befriedigenden Eigentümer oder persönlichen Schuldner nicht eine Quittung oder ein Anerkenntnis, daß die Forderung kraft Gesetzes auf ihn übergegangen sei, sondern eine Abtretungserklärung ausstellt; nicht der Inhalt der zur Legitimation des Eigentümers oder Schuldners dienenden Urkunde, sondern das Vorhandensein der Voraussetzungen der §§ 1143, 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175 entscheidet.

Auch der Fall, daß sich im Wege des Erbganges das Eigentum an dem belasteten Grundstück und das Gläubigerrecht an einem Teile der Hypothekenforderung in derselben Person vereinigen, wird von § 1176 nicht betroffen, sofern der Eigentümer und der persönliche Schuldner nicht identisch sind. Wenn der bisherige Alleingläubiger stirbt und zum Teil von dem Eigentümer beerbt wird, erwirbt dieser nicht kraft Gesetzes, sondern erst durch den Erbauseinandersetzungsvertrag einen Teil der Hypothekenforderung, da bis zur Auseinandersetzung den einzelnen Miterben keine Anteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen zustehen. Erwirbt aber der Eigen-

§. 1177. Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigenthum in einer Person, ohne daß dem Eigenthümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend.

Steht dem Eigenthümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigenthümers geltenden Vorschriften.

---

tümer dadurch einen Teil der Hypothekenforderung, daß er Alleinerbe eines Mitgläubigers wird, oder wird er von einem Mitgläubiger beerbt, so bleibt der zur Zeit des Erbfalls bestehende Rang der Teilhypotheken der Mitgläubiger unverändert.

Die vorstehenden Ausführungen dürften auch für den Fall der Gesamthypothek zutreffen. Allerdings regelt der im § 1176 angeführte § 1173 auch die Übertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke (S. 661 Erl. 2bβ zu § 1173). Dadurch wird die auf diesen Eigentümer kraft der Übertragung übergehende Teilhypothek aber nicht eine dem Eigentümer auf Grund des § 1173 zufallende Hypothek im Sinne des § 1176; vielmehr hat die Bestimmung des § 1173 für diesen Fall nur die Bedeutung, daß sie das Erlöschen der Gesamthypothek an den übrigen Grundstücken ausspricht.

b) Der § 1176 findet ferner nur dann Anwendung, **wenn ein Teil der Hypothek dem Gläubiger verbleibt.** Die gleiche Vorschrift trifft aber § 1164 Abs. 1 Satz 2 zugunsten des persönlichen Schuldners für den Fall, daß die Hypothek kraft Gesetzes übergeht, aber nur zum Teil auf den Eigentümer, zum Teil auf den persönlichen Schuldner (S. 642 Erl. 4 zu § 1164, S. 666 Erl. 3e zu § 1174). Wenn dagegen sonst die Hypothek von dem Gläubiger kraft Gesetzes auf verschiedene Personen übergeht, z. B. wenn zwei der Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger befriedigen und, weil sie von dem dritten Eigentümer Ersatz fordern können, ein jeder in Höhe seines Ersatzanspruchs eine Hypothek an dem Grundstücke dieses Dritten erwerben (S. 661 Erl. 2bα zu § 1173), haben diese Hypotheken gleichen Rang.

3. Der § 1176 hat eine **absolute Rangänderung** zugunsten der Resthypothek des Gläubigers zur Folge. Dieser bleibt der Vorrang auch, wenn sie später ihrerseits auf den Eigentümer übergeht und nun mit der inzwischen von dem Eigentümer weiter übertragenen, früher auf letzteren übergegangenen Teilhypothek konkurriert (s. Oberneck in Z. d. DNotVer. 1905 S. 270, Fuchs in DJZ. 1905 S. 253, Richter im CBl. f. FG. 5 S. 815; a. M. Eugen Fuchs in DJZ. 1905 S. 115 u. im Recht 1905 S. 268; Planck in CBl. f. FG. 6 S. 52).

4. Vereinbarung über den Rang. Eintragung. Durch die Vorschrift des § 1176 wird die unter der Herrschaft des früheren preußischen Rechtes bei der Hypothekbestellung häufig getroffene Vereinbarung überflüssig, daß im Falle von Teilzahlungen der Resthypothek des Gläubigers der Vorrang vor der auf den Eigentümer übergehenden Teilhypothek zustehen soll. Diese Vereinbarung ist daher, weil Überflüssiges nicht in das Grundbuch gehört, nicht mehr eintragungsfähig (KG. 21 S. A 165, 28 S. A 139). Dagegen ist bei der Umschreibung der Teilhypothek auf den Eigentümer oder den persönlichen Schuldner der Vorrang der Resthypothek des Gläubigers zu vermerken (vgl. Fuchs im Recht 1905 S. 270, Oberneck in Z. d. DNotVer. 1905 S. 279). Eines ausdrücklichen Antrags bedarf es nach KG. 25 S. A 303 zur Eintragung dieses Rangvermerkes nicht, da sich die Rangänderung aus dem Nachweise des Überganges der Teilhypothek auf den Eigentümer von selbst ergibt.

Wenn umgekehrt der Vorrang der Resthypothek des Gläubigers ausgeschlossen werden soll, so bedarf es hierzu einer Rangänderung gemäß § 880. Zur Sicherung eines Anspruchs auf diese ist die Eintragung einer Vormerkung zulässig (abw. Fuchs S. 567 Erl. 5b).

5. Der § 1176 findet auf **alle Arten der Hypotheken** und auch auf **Grundschulden und Rentenschulden** Anwendung, auf letztere jedoch nur für den Fall des Überganges auf den Eigentümer, da bei ihnen ein Übergang auf den persönlichen Schuldner nicht in Betracht kommt.

§ 1177.

E. I § 1098; II § 1084 rev. § 1161; III § 1160. P. I S. 5191 ff., 5210 ff., 5415 f., 5420 f., 5449 ff., 6267, 6272; M. III S. 733 f. P. II Bd. 3 S. 572 f., 610 f., 720 ff. D. S. 670 f.

Vgl. die zu § 1163 (oben S. 635) angeführte Literatur.

1. Für das preußische Recht war **die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek** bestritten. Während nach einer Ansicht die Eigentümerhypothek nur formell die Eigenschaft der Hypothek haben, materiell aber mit der Grundschuld identisch sein sollte, da die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek diente, durch die Befriedigung des Gläubigers oder durch die Vereinigung von Forderung und Schuld erloschen sei, nahm die in der Praxis herrschende Meinung wegen der akzessorischen Natur der Hypothek die Fortdauer der persönlichen Schuldforderung an; diese sollte während der Dauer der Vereinigung des Hypothekenrechts mit dem Eigentume ruhen und nach der Aufhebung der Vereinigung wieder vollwirksam werden (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 268—272 Erl. 2, 3 zu § 63 des EigErwGes.; RG. 3 S. 266, 7 S. 217). Dieser Streit wird durch § 1177 für das jetzige Recht abgeschnitten. Die Eigentümerhypothek bleibt nur dann eine Hypothek, wenn dem Eigentümer auch die persönliche Forderung zusteht. Andernfalls ist sie nicht nur für die Dauer der Vereinigung, sondern endgültig von der Forderung losgelöst; da dies aber mit der Natur der Hypothek, welche begriffsmäßig nur zur Sicherung einer Forderung dient, unvereinbar ist (S. 508 Vorbm. 2 a), so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld.

2. Demnach sind **zwei Fälle zu unterscheiden.**

a) Dem Eigentümer steht nur das dingliche Recht, nicht auch die Forderung zu. Dies ist der Fall, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt oder wenn sie erlischt (§ 1163 Abs. 1), wenn bei der Briefhypothek der Brief dem Gläubiger nicht übergeben ist (§ 1163 Abs. 2), wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168), wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren auf Grund des § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird, wenn der Ausschluß des Gläubigers auf Grund des § 1171 erfolgt und der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, und wenn eine Zwangs- oder Arresthypothek gemäß § 868 der CPO. (S. 513 Vorbm. 2 e η) auf den Eigentümer übergeht. Hierher gehören ferner die Fälle des Überganges der Gesamthypothek auf die Eigentümer aller belasteten Grundstücke (§ 1172, § 1175 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2), dagegen die Fälle der Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers durch einen der Eigentümer der belasteten Grundstücke sowie der Übertragung des Gläubigerrechts auf diesen und der Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person nur, sofern der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist und soweit ihm nicht ein Ersatzanspruch gegen den Eigentümer eines mitbelasteten Grundstücks zusteht (S. 663 Erl. 4 b β zu § 1173). Vgl. auch KG. 22 S. A 313 über die Anwendbarkeit des § 1177 Abs. 1 auf den Fall der Erklärung des Erstehers im Verteilungstermine, daß er den auf eine ihm zustehende, nach den Versteigerungsbedingungen erlöschende Hypothek entfallenden Betrag des Erlöses von dem zu zahlenden Versteigerungserlös abrechne (ZVG. § 91 Abs. 3).

Daß alle die erwähnten Fälle unter die Vorschrift des § 1177 Abs. 1 fallen, ist nicht unbestritten. Den Fall der Nichtübergabe des Hypothekenbriefs (§ 1163 Abs. 2) wollte in der ersten Auflage Oberneck S. 502 § 120 Ziff. 3 (anders S. LIX und 3. Aufl. I S. 730) ausnehmen (s. auch Fuchs S. 570 Erl. 6). Daraus, daß § 1177 nur von der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person spricht, läßt sich nicht folgern, daß er voraussetzt, daß die Hypothek bereits von einem Dritten erworben war und erst später auf den Eigentümer übergeht. Der Abs. 1 findet auch dann Anwendung, wenn die Hypothek von vornherein nicht von dem eingetragenen Gläubiger, sondern von dem Eigentümer erworben wird; auch in diesem Falle vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person (Martinius in Gruch. 44 S. 383).

b) Die Forderung mit der Hypothek steht dem Eigentümer zu, wenn dieser mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch ist und die Forderung durch Abtretung, durch Erbgang oder sonst kraft Gesetzes, insbesondere durch Befriedigung des Gläubigers (§ 1143, § 1171 Abs. 2, § 1173) erwirbt oder wenn der Gläubiger Eigentümer des belasteten Grundstücks wird, sein Forderungsrecht aber, weil es gegen einen Dritten geht, bestehen bleibt oder schließlich wenn und soweit sich die Hypothek mit einem Ersatzanspruche verbindet (S. 663 Erl. 4 b β zu § 1173).

3. **Gemeinsames und Verschiedenheiten beider Fälle.** Die Eigentümergrundschuld des Abs. 1 weicht nicht in jeder Beziehung von der Eigentümerhypothek des Abs. 2 inhaltlich ab.

a) Für beide bleiben in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend. Dies versteht sich für die Eigentümerhypothek des Abs. 2 von selbst. Für die Eigentümergrundschuld enthält es dagegen eine Ausnahme von den Vorschriften der §§ 1193, 1194. Diese Bestimmungen sind von der Anwendung auf die Eigentümergrundschuld nicht nur

für die Zeit der Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Person, sondern auch nach Aufhebung der Vereinigung ausgeschlossen; die Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen richten sich dauernd nach den für die gesicherte Forderung maßgebenden rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Bestimmungen (M. III S. 734), sofern sie nicht durch Einigung und Eintragung nach Maßgabe der §§ 877, 1119 (S. 542 f. Erl. 1—3 zu § 1119) geändert werden.

b) Für die Dauer der Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Person **sind die Rechte des Eigentümerhypothekengläubigers** sowohl in dem Falle des Abs. 1 wie in dem des Abs. 2 **nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften des § 1197 beschränkt.** Solange dem Eigentümer die Einkünfte des Grundstücks gebühren, hat er keinen Anspruch auf Zinsen, da diese als eine Belastung der Einkünfte des Grundstücks zu betrachten sind; erst wenn und solange ihm durch die Beschlagnahme des Grundstücks zum Zwecke der Zwangsverwaltung die Einkünfte entzogen werden, müssen ihm Zinsen zugestanden werden, damit nicht die gleich- und nachstehenden Gläubiger zum Nachteile der Eigentümerhypothek einen Vorteil erlangen, auf welchen sie vermöge ihres Rechtes keinen Anspruch haben (M. III S. 734; über das Recht des Eigentümers, von dem Nießbraucher des belasteten Grundstücks Zinsen zu fordern, s. oben S. 412 Erl. 2 b α zu § 1047). Aus demselben Grunde wird auch in der von einem andern betriebenen Zwangsvollstreckung der Kapitalbetrag der Eigentümerhypothek wie jeder anderen Hypothek berücksichtigt (a. M. Kindel a. a. O. S. 84 ff., 96, 106). Der Eigentümer kann aber nicht selbst die Zwangsvollstreckung in das Grundstück oder die mithaftenden Gegenstände betreiben, da er den eigentlichen Zweck der Zwangsvollstreckung, dem Gläubiger wegen seiner Forderung Befriedigung zu verschaffen, nicht erreichen kann; ihm wird mit der Zwangsvollstreckung nicht etwas geleistet, was bisher außerhalb seines Vermögens war, sondern nur ein Bestandteil seines Vermögens in Geld umgesetzt (P. II Bd. 3 S. 573, 723). Diese Beschränkungen der Rechte des Eigentümerhypothekengläubigers gelten auch für die allen Eigentümern zustehende Gesamthypothek (§ 1172). Dagegen kann der Eigentümer, in dessen Person die Voraussetzungen des § 1173 gegeben sind, seine Hypothek an den Grundstücken der ersatzpflichtigen Eigentümer unbeschränkt geltend machen.

Infolge dieser Beschränkungen kann man die Eigentümerhypothek mit Hachenburg (Vorträge S. 523 ff.) als eine unvollkommene Hypothek bezeichnen, aber nicht weil es ihr an einem Rechtssubjekte fehlt, sondern nur weil wegen der Identität des Rechtssubjekts mit dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Ausübung der Rechte des Hypothekengläubigers im vollen Umfang unmöglich ist. Daß trotz dieser Beschränkungen dem Eigentümer an seinem Grundstück ein wirkliches Hypotheken- oder Grundschuldrecht zusteht, ist S. 513 f. Vorbm. 2 e bereits erwähnt.

Die Beschränkungen gelten nicht nur für den Eigentümer selbst, sondern auch für einen Nießbraucher oder Pfandgläubiger, zu dessen Gunsten der Eigentümer die Eigentümerhypothek belastet hat; auch dieser kann z. B. in der Zwangsversteigerung Zinsen nicht beanspruchen, wenn eine Zwangsverwaltung nicht eingeleitet ist (RG. in JW. 1905 S. 341; Biermann S. 426 Erl. zu § 1197).

c) Der Unterschied zwischen der Eigentümergrundschuld des Abs. 1 und der Eigentümerhypothek des Abs. 2 tritt insbesondere **nach der Aufhebung der Vereinigung** von Hypothek oder Grundschuld und Eigentum zutage.

α) **In den Fällen des Abs. 2** steht dem Eigentümer, wenn er das Grundstück veräußert, eine vollwirksame Hypothek zu. Er kann daher die Hypothek nur mit der Forderung abtreten (§ 1153) und muß die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden nach Maßgabe des § 1137 gegen sich gelten lassen und zwar trotz des § 1138 in demselben Umfange wie der Gläubiger, dessen Hypothek auf ihn übergegangen ist; da er nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes erwirbt, kann er sich auf die Vorschrift des § 892 nicht berufen, dagegen kommt der § 893 zur Anwendung (s. oben S. 136 Erl. II 1 d zu § 892, S. 142 Erl. 1 b *β* zu § 893; Bruck a. a. O. S. 221). Entsprechendes gilt, wenn der Eigentümer die Vereinigung von Eigentum und Hypothek durch Abtretung der letzteren aufhebt. Er kann zwar während der Dauer der Vereinigung durch einseitige Erklärung und Eintragung gemäß § 1168 (nicht auf Grund des § 1198, da dieser eine Einigung erfordert, vgl. Erl. 2 a zu § 1198) die Hypothek in eine Grundschuld umwandeln. Hat er dies aber nicht getan, so erwirbt der neue Gläubiger, dem er sein Recht überträgt, die Forderung und die Hypothek und muß sich, soweit er nicht durch den öffentlichen Glauben geschützt ist, die obigen Einreden gefallen lassen.

β) **In den Fällen des Abs. 1** bleibt dagegen das Recht des Eigentümers auch nach der Aufhebung der Vereinigung eine Grundschuld. Die im § 1137 erwähnten Einreden stehen dem Berechtigten oder dessen Rechtsnachfolger nicht entgegen; nur in Ansehung der im Abs. 1 Satz 2 angeführten Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen kommt die Forderung noch in Betracht. Der Zessionar des Eigentümers erwirbt das dingliche Recht als Grundschuld, auch wenn die gesetzliche Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld noch nicht im Grundbuch vermerkt ist und der Zessionar die Forderung noch als bestehend ansieht (s. Bruck a. a. O. S. 232; a. M. Fuchs S. 570 Erl. 8) sowie auch wenn die Abtretung zu dem Zwecke erfolgt ist, dem Erwerber Sicherheit für eine Forderung zu verschaffen. Soll sie als Hypothek mit dieser Forderung verbunden werden, bedarf es der Umwandelung gemäß §§ 1198, 877. Hierzu ist die Eintragung der Umwandelung in das Grundbuch erforderlich, welche während der Dauer der Identität des Eigentümers und des Gläubigers, sofern nicht einem Dritten ein Recht an der Grundschuld zusteht, auf einseitige Bewilligung des Eigentümers erfolgen kann; materiellrechtlich bedarf es aber außerdem der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger der neuen Forderung (Erl. 2a zu § 1198; vgl. Maenner S. 229 Anm. 23; a. M. Rspr. 2 S. 319, RG. 25 S. A 299; Bruck a. a. O. S. 228; Biermann S. 394 Erl. 2c; Turnau-Förster I S. 882 Anm. 2 zu § 1198). Eine ausdrückliche Bewilligung des Eigentümers ist zur Eintragung der Umwandelung nicht erforderlich; die Erklärung, daß er die auf ihn übergegangene Post dem neuen Gläubiger zur Sicherung der diesem zustehenden, näher bezeichneten Ansprüche abtrete, wird man mit dem RG. (Rspr. 2 S. 412) für genügend halten können. Aber immerhin bedarf es einer unzweideutigen Erklärung; eine Eintragungsbewilligung des Eigentümers, aus der nicht mit Sicherheit hervorgeht, ob die Post als Grundschuld oder als Hypothek bestehen soll, ist von dem Grundbuchamte zu beanstanden (RG. 20 S. A 282). Die zur Rückverwandelung der Grundschuld in eine Hypothek erforderliche Eintragung eines Umwandelungsvermerkes kann auch dann nicht erübrigt werden, wenn die Verwandelung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld noch nicht gebucht ist, die Hypothek vielmehr noch als solche im Grundbuch verzeichnet steht; auch in diesem Falle ist in dem Eintragungsvermerke die Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld und die Rückverwandelung in eine Hypothek zum Ausdrucke zu bringen (vgl. Rspr. 2 S. 318; das preuß. amtliche Formular GS. Nr. 33, abgedruckt bei Oberneck II S. 387 ff.; Achilles-Strecker, GBO. S. 82; Turnau-Förster I S. 784; Grisebach in der DIZ. 1901 S. 207; a. M. in dem letzteren Punkte Boehm S. 268 IV).

4. **Zur Verfügung** über die Eigentümerhypothek oder die Eigentümergrundschuld **ist der Eigentümer berechtigt**, sobald die Voraussetzungen des Überganges der Hypothek auf den Eigentümer gegeben sind.

a) Die vorgängige Eintragung des Eigentümers als Gläubiger in das Grundbuch ist kein materiellrechtliches Erfordernis seiner Verfügungsbefugnis. Der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer und in den Fällen des Abs. 1 die Verwandelung der Hypothek in eine Grundschuld vollzieht sich kraft Gesetzes, ohne Eintragung. Diese kommt nur auf Grund der GBO. § 40 als formellrechtliche Voraussetzung einer die Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld betreffenden Eintragung in Betracht. Unzweifelhaft bedarf es nach § 40 Abs. 2 keiner vorgängigen Eintragung des Eigentümers als Hypothekengläubiger, wenn die Hypothek eine Briefhypothek ist und der Eigentümer sich durch ein der Vorschrift des § 1155 entsprechendes öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis, daß die Hypothek kraft Gesetzes auf ihn übergegangen sei, legitimieren kann; es empfiehlt sich daher, den Gläubiger bei der Befriedigung durch den Eigentümer nicht lediglich eine Quittung oder Löschungsbewilligung, sondern ein solches Anerkenntnis ausstellen zu lassen, falls der Eigentümer die Hypothek nicht sofort löschen lassen will. Wenn aber die herrschende Meinung, insbesondere auch das RG. (RG. 20 S. A 190, 282, 21 S. A 155, 22 S. A 171, 23 S. A 156, 25 S. A 303, 28 S. A 133 rc.), das OLG. Jena (RIA. 2 S. 198) und das OLG. Rostock (Meckl. Z. 23 S. 34) noch weitergehen und die Vorschrift der GBO. § 40 Abs. 1 für unanwendbar auf die Eigentümerhypotheken erklären, weil das Recht des Eigentümers auf die Eigentümerhypothek aus seiner Eintragung als Eigentümer genugsam hervorgehe und er bereits als eventuell eingetragener Inhaber der ihm nach § 1163 zufallenden Hypotheken zu gelten habe, so dürfte diese Ansicht weder mit dem Wortlaute noch mit dem Zwecke jener Vorschrift vereinbar sein (vgl. Achilles-Strecker S. 269 f. Erl. 2 zu § 40; Dronke im CBl. f. FG. 1 S. 963, Hoffmann das. 2 S. 637; a. M. z. B. Bruck a. a. O. S. 220 Anm. 3, Bollenbeck in Z. d. DNotVer. 1901 S. 38, Oberneck I S. 653 und in Gruch. 47 S. 312 ff., Hirsch a. a. O. S. 246; eine vermittelnde Ansicht vertritt Güthe im Recht 1901 S. 219). Die vorgängige

Eintragung des Eigentümers als Gläubiger ist jedoch nicht erforderlich, wenn auf Grund einer Löschungsbewilligung des Gläubigers und der Zustimmung des Eigentümers die Löschung der Hypothek beantragt wird, obwohl die Voraussetzungen der Eigentümerhypothek vorliegen; doch sind auch hierüber die Ansichten geteilt (vgl. KG. 23 S. A 156, 235, 26 S. A 250, 27 S. A 143, 28 S. A 289; Rspr. 5 S. 300, 6 S. 272, 8 S. 315; Götte im CBl. f. FG. 1 S. 653, Schrödter das. S. 928; Martinius in der DJZ. 1900 S. 138).

b) Über eine Hypothek, welche zunächst dem Gläubiger zustand und von diesem durch Erlöschen der Forderung, durch Verzicht ꝛc. auf den Eigentümer übergegangen ist, kann der Eigentümer mit sofortiger Wirksamkeit erst verfügen, nachdem die Voraussetzungen vorliegen, an welche das Gesetz den Übergang auf den Eigentümer knüpft. Vorher steht, wie S. 639 Erl. 4c zu § 1163 bereits erörtert ist, dem Eigentümer noch kein Recht an der Hypothek zu. Da jedoch Vorausverfügungen über künftige Rechte zulässig sind, ist an sich auch der Eigentümer zu Verfügungen über die erst zu erwerbende Hypothek mit der Wirkung befugt, daß die Verfügungen mit dem Übergange der Hypothek auf denjenigen Eigentümer, welcher sie getroffen hat, ohne weiteres Wirksamkeit erlangen (§ 185 Abs. 2). Dies gilt indessen nur unter der Voraussetzung, daß die gesetzlichen Erfordernisse der Verfügungen gewahrt sind, und die Beobachtung der grundbuchrechtlichen Erfordernisse wird regelmäßig nicht möglich sein. Insbesondere ist die in der Regel erforderliche Eintragung in das Grundbuch bei einer solchen Vorausverfügung ausgeschlossen. Ebensowenig wie ein Dritter, der auf Grund von Verhandlungen mit dem Gläubiger Aussicht auf den Erwerb einer Hypothek hat, sich schon jetzt als künftigen Gläubiger derselben in das Grundbuch eintragen lassen kann (s. auch S. 523 Erl. 4 zu § 1113), kann der Eigentümer sein künftiges Gläubigerrecht schon jetzt buchen lassen und folglich ist auch die Eintragung des Rechtsnachfolgers, zu dessen Gunsten er verfügt hat, unzulässig. Eintragungsfähig ist nur auf Grund der Sondervorschrift des § 1179 und nur innerhalb des Rahmens dieser Bestimmung eine Vormerkung (s. die Erl. zu § 1179, insbesondere Erl. 6; vgl. KG. 26 S. A 145, 28 S. A 139).

Auch die Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek ist an sich zulässig; der Pfändungsbeschluß kann erlassen und dem Eigentümer als Schuldner und Drittschuldner zugestellt werden. Damit tritt auf Grund der CPO. § 830 Abs. 2 die Wirkung ein, daß die Pfändung dem jetzigen Eigentümer gegenüber als bewirkt gilt (s. Koppers in DJZ. 1905 S. 731). Dagegen kann die zur vollwirksamen Pfändung (s. Erl. 5 a. E.) der Briefhypothek weiter erforderliche Übergabe des Hypothekenbriefs nicht erzwungen und die zur Pfändung der Buchhypothek notwendige Eintragung in das Grundbuch nicht erwirkt werden; eintragungsfähig ist die Pfändung erst nach dem Übergange der Hypothek auf den Eigentümer (vgl. RG. 51 S. 115, Rspr. 7 S. 315, RJA. 5 S. 270, Recht 1905 S. 134 Nr. 579). Wenn Predari S. 302ff. zwischen der Pfändung der Eigentümerhypothek und der Pfändung des Rechtes des Eigentümers auf den späteren Erwerb der Eigentümerhypothek unterscheidet und für letztere die Beobachtung der Formen der CPO. § 829 für genügend erklärt, so ist dem nicht beizutreten; den Gegenstand der Pfändung bildet auch in dem letzteren Falle die Eigentümerhypothek als solche, an dieser will der Gläubiger ein Pfändungspfandrecht im voraus erwerben.

c) Eine Hypothek, welche von ihrer Eintragung an dem Eigentümer zusteht, weil die Forderung, für welche sie bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, oder weil der Brief dem Gläubiger nicht übergeben ist, unterliegt von vornherein der Verfügungsbefugnis des Eigentümers und dem Zugriffe seiner Gläubiger. Da ihm die Hypothek bereits zusteht, kommen die unter b hervorgehobenen Bedenken hier nicht in Betracht; insbesondere ist die Eintragung seiner Verfügungen und der Pfändung (nach vorgängiger Eintragung des Eigentümers als Gläubiger, s. Erl. 4a) hier zulässig (a. M. Friedländer in Bl. f. RAnw. 1904 S. 515). Das Recht des Eigentümers ist aber resolutiv bedingt; mit der Entstehung der Forderung oder der Übergabe des Briefes geht die Eigentümergrundschuld als Hypothek auf den eingetragenen Gläubiger über. Die Eigentümergrundschuld kann daher nur so, wie sie besteht, also als auflösend bedingtes Recht übertragen oder belastet werden, solange der Eintritt der Bedingung noch möglich ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Eigentümer bereits seine Eintragung als Gläubiger erwirkt oder auch über die Post verfügt haben sollte; mit dem Eintritte der Bedingung fällt die Hypothek an den Gläubiger, sofern nicht den Dritten der öffentliche Glaube des Grundbuchs schützt (a. M., wie es scheint, Fuchs S. 526 Erl. 4). Insbesondere wird auch durch eine Pfändung der Übergang der Hypothek auf den Gläubiger nicht gehindert (s. RG. 51 S. 115; a. M. Kindel a. a. O. S. 88). Erst wenn feststeht, daß die Forderung niemals entstehen, der Brief dem Gläubiger niemals übergeben werden wird, wird das Recht des Eigentümers oder seines Rechtsnachfolgers

ein unbedingtes (vgl. Hirsch a. a. O. S. 235ff., Friedländer a. a. O.). Darüber, daß der eingetragene Gläubiger durch die Pfändung und Überweisung der mangels Auszahlung der Valuta entstandenen Eigentümerhypothek nicht gehindert wird, dem Eigentümer auf dessen Verlangen Löschungsbewilligung zu erteilen, s. RG. 52 S. 257. Über die Gültigkeit dieser Ausführungen für die Maximalhypothek vgl. Erl. 4a a. E. zu § 1190.

5. **Der Eigentümer legitimiert sich als Gläubiger** durch den Nachweis der Voraussetzungen, an welche das Gesetz den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer knüpft. Der Nachweis ist dem Grundbuchamte durch öffentliche Urkunden zu führen; für Erklärungen, welche die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergeben oder anerkennen, genügen auch öffentlich beglaubigte Urkunden (GBO. § 29; Achilles-Strecker, GBO. S. 227 Erl. 2 zu § 29; Meßges im CBl. f. FG. 1 S. 927). Ein Anerkenntnis des Überganges im Sinne des § 1155 ist auch bei der Briefhypothek nicht notwendig. Jeder der Formvorschrift der GBO. § 29 entsprechende urkundliche Nachweis der Voraussetzungen des Überganges genügt, um die Eintragung des Eigentümers als Gläubiger und der Verwandelung der Hypothek in eine Grundschuld zu erwirken (GBO. § 22; s. RG. 56 S. 327). Ein Anerkenntnis gewährt dem Eigentümer nur den Vorteil, daß er, wenn die Erteilung des Briefes nicht ausgeschlossen und er im Besitze des Briefes ist, für die Vorschriften der §§ 891—899 und der GBO. § 40 einem eingetragenen Gläubiger gleichsteht, vorausgesetzt, daß der Gläubiger, welcher das Anerkenntnis ausgestellt hat, eingetragen oder durch eine zusammenhängende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen rc. legitimiert ist (§ 1155; GBO. § 40 Abs. 2). Kann der Eigentümer den urkundlichen Nachweis der Voraussetzungen der Eigentümerhypothek oder der Eigentümergrundschuld nicht erbringen, so stehen ihm die Ansprüche aus §§ 894ff. zu (vgl. Achilles-Strecker, GBO. S. 214ff. Erl. 1 zu § 22).

Welche Tatsachen der Eigentümer dem Grundbuchamte nachzuweisen hat, ist für den Fall der Nichtübergabe des Hypothekenbriefs (§ 1163 Abs. 2) oben S. 539 Erl. 3 zu § 1117 bereits erörtert. Wie in diesem Falle, so wird auch in dem der Nichtentstehung der Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 1) der Eigentümer sich ohne eine Erklärung des eingetragenen Gläubigers, daß die Forderung nicht entstanden sei, oder dessen rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe einer solchen Erklärung nicht als Gläubiger der Post legitimieren können. Stützt der Eigentümer sein Recht darauf, daß er den Gläubiger befriedigt habe, so muß er nicht nur die Befriedigung des Gläubigers nachweisen, sondern auch, daß die Befriedigung durch ihn erfolgt ist; auch ob er der persönliche Schuldner ist oder nicht, muß dargetan werden, weil hiervon die rechtliche Natur seines Rechtes (als Hypothek oder Grundschuld) abhängt (S. 593 Erl. 3bα zu zu § 1144; Bruck a. a. O. S. 223). Der letztere Nachweis wird meist durch die Schuldurkunde oder die Schuldübernahmeverhandlungen leicht zu führen sein. Über den Fall, daß auf mehrere Hypothekenforderungen ein sie nicht völlig deckender Gesamtbetrag bezahlt ist, vgl. RG. 29 S. A 186. Ist die Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten erfolgt, so muß der Eigentümer außer der Befriedigung selbst nachweisen, daß keiner der oben S. 589 Erl. 1 zu § 1143 sowie in den §§ 1150, 1164, 1174 erwähnten Fälle vorliegt, in denen der Befriedigende die Forderung nebst der Hypothek erwirbt. Ist die Forderung auf andere Weise als durch Befriedigung des Gläubigers erloschen, so muß der Erlöschungsgrund nachgewiesen werden. Besteht dieser in der Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldners, so ist das Fehlen eines Ersatzanspruchs des Schuldners zu beweisen (§§ 1164, 1174). Zu diesem Beweis ist eine Erklärung des Schuldners nicht unbedingt erforderlich. Die Vorlage einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde, laut deren er sich dem Eigentümer gegenüber zur Beseitigung der Hypothek verpflichtet hat, ist beispielsweise genügend. Entsprechendes gilt, wenn der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke die Eigentümerhypothek an seinem Grundstück und an dem Grundstück eines angeblich ersatzpflichtigen Eigentümers gemäß § 1173 für sich in Anspruch nimmt. Sehr einfach ist der Nachweis des Überganges der Hypothek auf den Eigentümer in dem Falle des Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek, wie oben S. 649 Erl. 3bγ zu § 1168 bereits erwähnt. Falls die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, wird übrigens der Nachweis der Voraussetzungen der Eigentümerhypothek durch das Anerkenntnis des eingetragenen oder gemäß § 1155 legitimierten bisherigen Gläubigers, daß die Hypothek als solche oder als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen sei, völlig geführt, sofern letzterer im Besitze des Briefes ist; wie für den Rechtsnachfolger des Eigentümers auf Grund der §§ 892, 1155, so steht auch für das Grundbuchamt auf Grund der GBO. § 40 Abs. 2 ein so legitimierter

§. 1178. Die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, erlischt, wenn sie sich mit dem Eigenthum in einer Person vereinigt. Das Erlöschen tritt nicht

---

Eigentümer einem eingetragenen Gläubiger gleich. Anderseits bedarf der Eigentümer bei einer Briefhypothek zu seiner Legitimation vor dem Grundbuchamte stets der Vorlage des Briefes (GBO. § 42, KG. 28 S. A 139); er kann sich diesen aber auf Grund des § 952 Abs. 2 verschaffen. In den Fällen des Abs. 1 hat das Grundbuchamt, wenn nicht die Erteilung eines neuen Briefes beantragt wird, die Eintragung der Rechtsänderung auf dem Briefe zu vermerken und eine mit dem Briefe verbundene Schuldurkunde abzutrennen (GBO. § 65; Achilles-Strecker S. 315 Erl. 3 zu § 65).

In der angegebenen Weise hat nicht nur der Eigentümer selbst, wenn er seine Eintragung als Gläubiger beantragt oder eine die Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld betreffende Eintragung bewilligt, den Erwerb der Post nachzuweisen; derselbe Beweis liegt auch dem Gläubiger des Eigentümers ob, der wider dessen Willen die Umschreibung der Post auf den Eigentümer auf Grund der GBO. § 14 (Achilles-Strecker S. 198ff.) oder die Eintragung eines ihm zustehenden Rechtes an der Eigentümerhypothek ꝛc. oder die Eintragung der Pfändung derselben beantragt (KG. 22 S. A 171, 28 S. A 133, 29 S. A 186). **Die Pfändung und Überweisung der Eigentümerhypothek** erfolgt nach Maßgabe der Vorschriften der CPO. §§ 830, 837 (S. 615f. Erl. 6 zu § 1154), welche nach § 857 Abs. 6 daselbst auch auf die Grundschuld entsprechende Anwendung finden; die Ansicht des OLG. Celle (Rspr. 4 S. 74), die von Oberneck (I S. 657 und in Gruch. 47 S. 339) auf Grund seiner Theorie über die Eigentümerhypothek (oben S. 513) sowie von Freudenthal (JW. 1904 S. 602) geteilt wird, daß die Pfändung der Eigentümerhypothek und der Eigentümergrundschuld nach § 857 Abs. 2 durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer erfolge, widerspricht den Vorschriften der §§ 830, 837, § 857 Abs. 6, welche für die Eigentümerhypotheken und für die Eigentümergrundschulden keine Ausnahme zulassen (RG. 55 S. 378, 56 S. 9, 184, 59 S. 313; KG. 22 S. A 171, 24 S. A 132, 28 S. A 133; RJA. 2 S. 198; Rspr. 1 S. 264, 4 S. 182, 6 S. 134, 401, 403, 7 S. 315, 316; Bruck a. a. O. S. 235ff.; Achilles-Strecker S. 117f.; Predari S. 302ff.; s. auch Erl. 4b, c). Die Beschaffung der zur Eintragung der Pfändung erforderlichen Nachweise wird dem Gläubiger durch die Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs des Eigentümers ermöglicht (s. S. 147f. Erl. III 3 zu § 894; OLG. Dresden in Z. f. CP. 33 S. 85, Reichel daselbst S. 89).

Dagegen kommen die obigen Sätze nicht ohne weiteres zur Anwendung, wenn der Eigentümer nicht dem Grundbuchamte gegenüber, sondern in einem Rechtsstreite mit dem Gläubiger oder dem persönlichen Schuldner behauptet, daß die Hypothek auf ihn kraft Gesetzes übergegangen sei. Insbesondere ist es in diesem Falle Sache des persönlichen Schuldners, welcher die Hypothek auf Grund der §§ 1164, 1174 für sich in Anspruch nimmt, seinen Ersatzanspruch zu beweisen, und nicht Sache des Eigentümers, das Nichtvorhandensein eines solchen Anspruchs darzutun (vgl. auch über den Nachweis der Übergabe des Briefes S. 539 Erl. 4 zu § 1117).

6. Die Frage, ob ein **Vermächtnis des belasteten Grundstücks** sich auf die Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld erstreckt, ist nach § 2165 Abs. 2 nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden.

7. Der § 1177 gilt für **alle Hypothekenarten.** Dagegen wird die rechtliche Natur der **Grundschulden und Rentenschulden** durch den Übergang auf den Eigentümer nicht berührt (vgl. jedoch Erl. 4d zu § 1192, Erl. 2 zu § 1200). Für die Dauer der Vereinigung kommt auch auf sie die Bestimmung des § 1197 zur Anwendung.

Über die Anwendbarkeit des § 1177 auf die **Eigentümerhypotheken des früheren Rechtes** vgl. Bd. VI S. 388 Erl. 5 zu Art. 192.

§ 1178.

E. I § 1091 Abs. 4, § 1101; II § 1085 rev. § 1162; III § 1161. P. I S. 5191, 5231ff., 5658, 6263, 6269; M. III S. 720, 735f. P. II Bd. 3 S. 614; Bd. 4 S. 605; Bd. 6 S. 245, 256f.

1. **Ausnahmevorschriften für die Hypothek für Zinsrückstände und Kosten.** Die Vorschriften des § 1178 stehen mit denen des § 1145 Abs. 2, des § 1160 Abs. 3 und des § 1159 im Zusammenhange.

a) Wie der § 1159 (s. S. 628 Erl. 2a zu § 1159), bezieht sich auch der § 1178 nur auf **Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen,** d. h. auf die zur Zeit der Vereinigung

ein, solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht.

Zum Verzicht auf die Hypothek für die im Abs. 1 bezeichneten Leistungen genügt die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigenthümer. Solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht, ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

---

von Hypothek und Eigentum oder zur Zeit des Verzichts bereits fälligen Nebenleistungen. Die Hypothek für die erst nach der Vereinigung fällig werdenden Zinsen oder sonstigen Nebenleistungen bleibt trotz der Vereinigung bestehen; dem Eigentümer gebühren aber während der Dauer der Vereinigung Zinsen nur für die Zeit einer Zwangsverwaltung (§ 1197 Abs. 2; S. 672 Erl. 3b zu § 1177). Auch der Verzicht auf laufende oder künftige Nebenleistungen unterliegt der Regel des § 1168. Über den Begriff der Nebenleistungen vgl. S. 531 Erl. 4b zu § 1115. Wie daselbst erwähnt, fallen Amortisationsbeiträge nicht darunter; sie sind also, wie nach dem preußischen Rechte (RG. 5 S. 307, vgl. jedoch S. 640 Erl. 6 zu § 1163) Gegenstand der Eigentümerhypothek und der Verzicht auf rückständige Amortisationsraten bedarf als Verzicht auf einen Teil des Kapitals der Eintragung in das Grundbuch.

b) Die Bestimmungen des § 1178 erstrecken sich ferner auf **„Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind"**. In der Fassung dieser Worte weicht § 1178 von den Vorschriften des § 1145 Abs. 2 und des § 1159 ab, welche nur die Kosten erwähnen, für die das Grundstück nach § 1118 haftet, also die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. Indessen trotz der anderen Fassung ist anzunehmen, daß auch hier nur diese Kosten gemeint sind und daß der § 1178 auf Kosten, welche der Eintragung bedürfen, keine Anwendung findet, einerlei, ob sie zu einem bestimmten Betrag oder unter Angabe des Höchstbetrags als Maximalhypothek gebucht sind (a. M. Fuchs S. 572 Erl. 4, Willenbücher S. 229 Erl. 1b, Staudinger III S. 497 Erl. 1b). Dies erhellt aus der Entstehungsgeschichte und dem Zusammenhange der Vorschriften des § 1178 mit der des § 1159. Die entsprechenden Bestimmungen des E. I § 1090 Abs. 1, § 1091 Abs. 4, § 1101 sprechen von „Kosten, welche nicht zu einem bestimmten Betrage in das Grundbuch eingetragen sind", und verstehen darunter, wie aus den M. III S. 714 Ziff. 2 und den P. I S. 5232, 5658 unzweideutig erhellt, diejenigen Kosten, auf welche sich die Hypothek nach § 1066 (BGB. § 1118) von selbst miterstreckt, also die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. In dem E. II § 1069 (BGB. § 1159) war statt dessen von der Forderung „auf die Erstattung von Kosten" und im § 1085 (BGB. § 1178) von der Hypothek „für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind", die Rede. Diese Fassung des E. II § 1069 wurde nachträglich in der zweiten Kommission bemängelt und die in das BGB. § 1159 Abs. 1 Satz 2 übernommene Fassung vorgeschlagen (P. II Bd. 6 S. 256 f.), weil „die Forderung", d. h. das Recht gegen den persönlichen Schuldner, an sich nicht auf die Erstattung der Kosten der an den Eigentümer gerichteten Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung gerichtet sei und ferner weil nicht alle Kosten, sondern nur eben die genannten in Betracht kämen. Darauf ist es offenbar zurückzuführen, wenn der E. II rev. § 1143 diese Fassung enthält. Dagegen ist der Wortlaut des E. II § 1085 im E. II rev. § 1162 und im BGB. § 1178 beibehalten. Während also bis zum E. II die Fassungen der beiden erwähnten Vorschriften (BGB. §§ 1159, 1178) einander entsprechen, ist infolge jenes Vorschlags ein Unterschied in dem Wortlaut eingetreten, der jeder Begründung in den Gesetzesmaterialien entbehrt. Daher liegt die Vermutung nahe, daß nur versehentlich bei dem jetzigen § 1178 die entsprechende Änderung unterblieben ist. Diese Vermutung wird zur Gewißheit, wenn man den Sinn und den Zweck der Bestimmungen des § 1178 ins Auge faßt. Die M. III S. 735 bezeichnen die Bestimmung des Abs. 1 lediglich als eine Konsequenz der Vorschrift des § 1159, nach welcher auf die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen und für die oben genannten Kosten, auf welche sich die Hypothek kraft Gesetzes erstreckt, weder die für die Übertragung der Hypothekenforderung geltenden noch die den Erwerb einer solchen unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stellenden Vorschriften Anwendung finden, und fügen nur hinzu, daß es bei dieser Konsequenz um so mehr belassen werden müsse, als die für die Eigentümerhypothek sprechenden Gründe in keiner Hinsicht für die Ausdehnung

dieses Instituts auf rückständige Zinsen und Kosten sich geltend machen lassen. Die Vorschrift des Abs. 2 ferner ist damit begründet, daß das Grundbuch über die erwähnten Zinsen- und Kostenforderungen nicht geführt werde und infolgedessen auch deren Aufhebung von einer Löschung in dem Buche nicht abhängig gemacht werden könne (M. III S. 720 Ziff. 2). Daß auch Kostenforderungen, welche in das Grundbuch eingetragen sind, durch Konfusion oder durch einseitige Erklärung ohne Löschung aufgehoben werden können, würde eine durch nichts gerechtfertigte Ausnahme von dem Eintragungsprinzip enthalten, die mit den Bestimmungen der §§ 1156—1159, nach denen sich der Erwerber der Hypothekenforderung hinsichtlich dieser Kostenbeträge auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann, unvereinbar sein würde (vgl. S. 596 Erl. 4 zu § 1145, S. 627 f. Erl. 1 zu § 1159). Aus diesen Gründen wird man unter den Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, nur die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung verstehen dürfen, für welche das Grundstück nach § 1118 (S. 541 Erl. 2 zu § 1118) ohne weiteres haftet.

c) Aus dem Gesagten ergibt sich, daß auf **Kautionshypotheken**, welche für die an sich unter § 1178 fallenden Nebenleistungen und Kosten bestellt sind, die Vorschriften dieses Paragraphen keine Anwendung finden, einerlei, ob die Kautionshypothek als eine gesonderte Hypothek oder als eine Anhangshypothek eingetragen ist (s. Schmidt in Z. f. Rpfl. in Bay. 1905 S. 271 ff.; a. M. Rspr. 4 S. 160, Württ. Jahrb. 17 S. 47, Reinhard im CBl. f. FG. 2 S. 476, Meyer im Recht 1905 S. 309, Kober in Bl. f. RAnw. 1905 S. 285 f., Oberneck I S. 714 f.).

2. Erlöschen durch Vereinigung mit dem Eigentume. Die Hypotheken für die in Erl. 1 erörterten rückständigen Nebenleistungen und Kosten stehen nach Abs. 1 insofern unter Sonderrecht, als sie entgegen der Regel der §§ 875, 889 durch Konfusion ohne Löschung im Grundbuch erlöschen. Sie können demnach auch nicht Gegenstand der Eigentümerhypothek sein; in dem Augenblick, in welchem sie auf den Eigentümer übergehen, erlöschen sie, einerlei, aus welchem Grunde der Übergang auf den Eigentümer stattfindet und ob die Voraussetzungen dieses Überganges lediglich wegen der obigen Forderungen oder auch wegen des Kapitals gegeben sind. (Die Ansicht des OLG. Zweibrücken, Rspr. 10 S. 200, daß mit der Hypothek für das Kapital notwendig auch die Hypothek für die Nebenleistungen auf den Eigentümer übergehe, dürfte, jedenfalls in dieser Allgemeinheit, nicht zutreffen.)

Die Konfusion bildet ausnahmsweise nach Abs. 1 Satz 2 keinen Erlöschungsgrund, „solange" einem Dritten ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht an dem Anspruch auf die rückständigen Nebenleistungen und Kosten zusteht (vgl. die entsprechende Vorschrift des § 1256 Abs. 1 Satz 2). In diesem Falle bleibt die Hypothek trotz der Vereinigung mit dem Eigentume bis zum Erlöschen des Nießbrauchs oder des Pfandrechts bestehen. Das Erlöschen des Rechtes des Dritten zieht aber das der Hypothek ohne weiteres nach sich. Über die Erlöschungsgründe des Nießbrauchs vgl. §§ 1061, 1063, 1064, 1068, 1072 sowie S. 432 Erl. 1 zu § 1061, S. 447 Erl. zu § 1072 und über die Erlöschungsgründe des Pfandrechts §§ 1252—1256, 1273, 1278, 1291. Wenn der Konkursverwalter im Konkurse des Eigentümers einen Hypothekengläubiger befriedigt, so findet § 1178 Abs. 1 Satz 1 Anwendung; ein Recht im Sinne des Satzes 2 steht dem Konkursverwalter und den Konkursgläubigern nicht zu (Rspr. 9 S. 378).

3. Die Vorschrift des § 1178 Abs. 2 über die **Form des Verzichts** auf die Hypothek für die in Erl. 1 besprochenen Ansprüche erklärt sich, wie Erl. 1b erwähnt, daraus, daß das Grundbuch über diese Ansprüche keine Auskunft gibt. Daher können sie auch nicht gelöscht werden. Von dem Erfordernisse der Löschung wird deshalb abgesehen. Im übrigen entsprechen die Vorschriften des Abs. 2 denen des § 1168 Abs. 2, jedoch mit den Abweichungen, daß der Verzicht und die Zustimmung des Dritten nicht gegenüber dem Grundbuchamt erklärt werden können und daß die Vorschriften des § 875 Abs. 2 über die zur Bindung des Verzichtenden zu wahrende Form und des § 878 über die Einflußlosigkeit einer Verfügungsbeschränkung außer Betracht bleiben.

Daraus, daß nur die Zustimmungserklärung des Dritten, nicht die Verzichtserklärung des Hypothekengläubigers für unwiderruflich erklärt ist, ist nicht zu folgern, daß letztere widerrufen werden könne. Für die Verzichtserklärung versteht sich in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung die Unwiderruflichkeit von selbst, während die Zustimmung, sofern sie vor der Verzichtserklärung erklärt wird, nach § 183 bis zu dieser widerruflich sein würde, wenn der letzte Halbsatz des § 1178 fehlte (vgl. Bd. I S. 181 Vorbm. VI 3, S. 183 Vorbm. VIII sowie oben S. 96 Erl. 4 zu § 876).

Verzichtet der Hypothekengläubiger nicht nur auf die Hypothek für die in Erl. 1 erwähnten Ansprüche, sondern zugleich auch auf das Kapital oder auf noch nicht fällige

§. 1179. Verpflichtet sich der Eigenthümer einem Anderen gegenüber, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigenthum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

Zinsen, so bedarf es der Beobachtung der im § 1168 Abs. 2 vorgeschriebenen Form. Wird diese nicht gewahrt, so ist zwar § 139 anwendbar, nach welchem das ganze Rechtsgeschäft, auch der Verzicht auf die Hypothek für jene Ansprüche, nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, daß dieser auch ohne den Verzicht auf das Kapital oder die noch nicht fälligen Zinsen erklärt sein würde; dies wird aber regelmäßig anzunehmen sein.

4. Der § 1178 findet nicht nur auf **alle Hypotheken**, sondern auch auf **Grundschulden und Rentenschulden** Anwendung. Bei **letzteren** stehen die einzelnen Leistungen den Zinsen gleich (§ 1200 Abs. 1).

§ 1179.

E. II § 1086 rev. § 1163; III § 1162. P. II Bd. 3 S. 605 ff. D. S. 670 f.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 242 ff.; **Biermann**, Widerspruch und Vormerkung S. 139 ff.; **Sekler**, Vormerkung S. 41 ff.; **Voß** im CBl. f. FG. 3 S. 781 ff.; **Wilhelm** das. 5 S. 305 ff.

1. **Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung der Eigentümerhypothek.** Die Vorschrift des § 1179 beruht auf einem Beschlusse der zweiten Kommission. Es liegt ihr die Erwägung zugrunde, daß in einer Reihe von Fällen das Interesse der Beteiligten dahin gehe, daß der Eigentümer die Hypothek, falls er sie erwerbe, zur Löschung bringe, damit die nachstehenden Hypotheken aufrücken; der Gesetzgeber könne nicht umhin, diesen Verhältnissen Rechnung zu tragen und den Beteiligten die Möglichkeit zu gewähren, den zur Wahrung dieses Interesses abgeschlossenen Verträgen eine dingliche Wirkung zu verschaffen, zumal die Eigentümerhypothek für einen großen Teil von Deutschland eine Neuerung darstelle und man dem Publikum jedenfalls die Möglichkeit bieten müsse, die hypothekarischen Rechtsverhältnisse dem bisherigen Verkehr entsprechend zu gestalten (P. II Bd. 3 S. 606).

Nach einem in der zweiten Kommission gestellten Antrage sollte derartigen Verträgen dadurch dingliche Wirkung verschafft werden, daß man bei und auch nach der Begründung der Hypothek eine der Eintragung bedürftige Bestimmung des Eigentümers zuließ, die Hypothek solle nicht an den Eigentümer fallen, sondern erlöschen, wenn die Forderung nicht bestehe oder untergehe. Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil man befürchtete, daß dadurch die ganze Eigentümerhypothek illusorisch gemacht werden würde, und weil man dadurch eine weitere Form der Hypothek schaffen und das Hypothekenrecht außerordentlich komplizieren würde. Man beschloß daher, die von dem Eigentümer vertragsmäßig übernommene Verpflichtung zur Löschung der Hypothek nur durch eine Vormerkung dinglich sicherstellen zu lassen und die Zulässigkeit dieser Vormerkung ausdrücklich auszusprechen, weil die Anwendung der Vorschrift des § 883 „nur auf Grund einer mindestens sehr zweifelhaften theoretischen Auffassung der Eigentümerhypothek möglich sei" (P. II Bd. 3 S. 606 f.). Was mit den letzten Worten gemeint ist, ist nicht gesagt; unrichtig ist wohl **Hachenburgs** (Vorträge S. 522) Meinung, man habe offenbar befürchtet, es könne jemand auf den Gedanken kommen, die Eigentümerhypothek nicht als ein „Recht" im Sinne des § 883 anzusehen. Richtiger erscheint die Annahme, daß die zweite Kommission eine Vormerkung ohne ausdrückliche Vorschrift deshalb für unzulässig gehalten hat, weil dem Eigentümer an der Hypothek, bevor diese auf ihn übergegangen ist, noch kein Recht zusteht und seine persönliche Verpflichtung zur Löschung demnach vor diesem Zeitpunkte nicht durch eine Vormerkung gesichert werden kann, da die Vorschrift des § 883 voraussetzt, daß derjenige, welcher sich zur Aufhebung eines Rechtes persönlich verpflichtet hat, zur Zeit der Eintragung der Vormerkung der Berechtigte ist (vgl. S. 114 Erl. 1c zu § 883; Bayer. ObLG. 3 S. 329; Rspr. 10 S. 425; **Sekler** a. a. O. S. 43; **Voß** a. a. O. S. 781 f.; abw. **Fuchs** S. 574 Erl. 1). Die von der zweiten Kommission als mindestens sehr zweifelhaft bezeichnete theoretische Auffassung der Eigentümerhypothek würde alsdann die oben S. 639 Erl. 4c zu § 1163 erwähnte Ansicht sein, daß in der Begründung einer Hypothek zugleich die Bestellung einer Eigentümerhypothek liege, die nur nicht geltend gemacht werden könne, solange sie mit dem Rechte des Gläubigers belastet sei.

2. Vorausgesetzt ist eine **Verpflichtung des Eigentümers, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt**, also wenn die Voraussetzungen der

Eigentümerhypothek oder der Eigentümergrundschuld vorliegen; die Fälle, in denen die Hypothek von vornherein dem Eigentümer zusteht, sind hier ebensowenig wie im § 1177 ausgenommen (vgl. S. 671 Erl. 2 zu § 1177; RG. 52 S. 5; KG. 26 S. A 161, Rspr. 10 S. 425). Der § 1179 findet aber nicht nur dann Anwendung, wenn der Eigentümer sich für alle diese Fälle zur Löschung verpflichtet hat, sondern auch wenn seine Verpflichtung auf den einen oder den anderen derselben beschränkt ist (s. Sekler a. a. O. S. 44). Er ist dagegen unanwendbar, wenn sich der Eigentümer schlechthin, ohne jede Rücksicht auf die Fälle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentume zur Herbeiführung der Löschung verpflichtet hat (Rspr. 10 S. 425). Vgl. auch oben S. 643 Erl. 6 zu § 1164.

Der Verpflichtung zugrunde liegen wird regelmäßig ein Vertrag; nur dieser Fall ist daher in der Fassung des § 1179 berücksichtigt. Das schließt aber dessen Anwendung nicht aus, wenn ausnahmsweise durch eine letztwillige Verfügung oder einen anderen Rechtsgrund eine Verpflichtung des Eigentümers zur Löschung begründet sein sollte.

Wem gegenüber die Verpflichtung besteht, ist nach der Fassung des § 1179 gleichgültig. Meistens wird der andere, dem gegenüber der Eigentümer sich verpflichtet, ein gleich- oder nachstehender Berechtigter sein, da dieser an der Löschung der gleich- oder vorstehenden Hypothek in erster Linie interessiert ist, und zwar der nachstehende Berechtigte nicht nur, wie Hachenburg, Vorträge S. 521 annimmt, dann, wenn sein Recht jener Hypothek unmittelbar folgt, sondern auch wenn Zwischenposten vorhanden sind, da die Löschung einer jeden vorstehenden Hypothek die Sicherheit seines Rechtes erhöht. Aber auch einer sonstigen Person gegenüber kann sich der Eigentümer zur Löschung verpflichten. Der § 1179 setzt nur voraus, daß eine gültige Verpflichtung vorliegt, und wem gegenüber eine solche eingegangen werden kann, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Rechtes der Schuldverhältnisse (vgl. Bd. II S. 5f. Vorbm. III; Windscheid-Kipp II S. 10). Zulässig ist die Vereinbarung z. B. auch zugunsten eines Käufers des Grundstücks, eines vorstehenden Berechtigten, eines Dritten, der ein Recht an dem Grundstück erst zu erwerben beabsichtigt, und hinsichtlich der durch teilweise Tilgung der Forderung entstehenden Eigentümerhypothek zugunsten des Gläubigers der zu löschenden Post selbst trotz des Vorranges seines Rechtes (vgl. RG. 52 S. 5, Bayer. ObLG. 3 S. 329; Oberneck in Gruch. 47 S. 337f.; Sekler a. a. O. S. 47; Reichel in Jherings J. 46 S. 128f.; Achilles-Strecker, GBO. S. 71; a. M. Saar im Recht 1901 S. 170, welcher den Ausschluß der Eigentümerhypothek dem Gläubiger der betreffenden Post selbst gegenüber für unzulässig erklärt, weil dieser kein „anderer" sei). Hat sich der Eigentümer einem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, so steht der Löschungsanspruch nach Wilhelm (a. a. O.) im Zweifel dem jeweiligen Inhaber der Hypothek zu (vgl. dazu RG. 52 S. 11).

3. **Die formellen Voraussetzungen der Vormerkung** ergeben sich aus § 885 und den Vorschriften der GBO. (vgl. S. 120ff. die Erl. zu § 885). Hervorzuheben ist, daß zur Eintragung der Vormerkung nicht die Bewilligung des Gläubigers derjenigen Hypothek, zu deren Löschung sich der Eigentümer verpflichtet hat, oder ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen diesen erforderlich ist, sondern die Bewilligung des Eigentümers oder ein gegen diesen vollstreckbarer Schuldtitel genügt, obwohl der Eigentümer noch nicht als Gläubiger der Post eingetragen ist (vgl. Erl. 1 a. E.); das Recht des jetzigen Gläubigers wird nicht von der Vormerkung betroffen, sondern nur das des Eigentümers, nachdem die Hypothek auf ihn übergegangen ist (KG. 26 S. A 161; Voß a. a. O. S 785; Achilles-Strecker, GBO. S. 211 Erl. 3 zu § 19). Dagegen wird, wenn die zu löschende Post eine Briefhypothek ist, die Vorlage des Briefes auf Grund der GBO. § 42 zu der Eintragung erforderlich sein, damit die Vormerkung auf dem Briefe vermerkt werden kann; denn sonst würde sich derjenige, welchem der Eigentümer eine auf ihn übergegangene Briefhypothek abtritt, ohne Einsicht des Grundbuchs nicht darauf verlassen können, daß er eine vollwirksame Hypothek erwirbt (KG. 21 S. A 175, CBl. f. FG. 5 S. 718; Voß a. a. O. S. 786; Achilles-Strecker, GBO. S. 275 Erl. 3 zu § 42).

Die Eintragung der Vormerkung erfolgt bei derjenigen Hypothek, zu deren Löschung sich der Eigentümer verpflichtet hat. Deshalb kann die Vormerkung frühestens gleichzeitig mit dieser Hypothek eingetragen werden. Eine Verpflichtung, künftig einzutragende Hypotheken nach ihrem Übergang auf den Eigentümer zur Löschung zu bringen, ist nicht eintragungsfähig (KG. 23 S. A 154; a. M. Staudinger III S. 499 Erl. 2a).

4. **Die Wirkung der Vormerkung** besteht nicht darin, daß sie den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer verhindert. Aber sie beschränkt diesen in der Verfügung über die Eigentümer-

§. 1180. An die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, kann eine andere Forderung gesetzt werden. Zu der Aenderung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigenthümers sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des §. 873 Abs. 2 und der §§. 876, 878 finden entsprechende Anwendung.

Steht die Forderung, die an die Stelle der bisherigen Forderung treten soll, nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zu, so ist dessen Zustimmung erforderlich; die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Die Vorschriften des §. 875 Abs. 2 und des §. 876 finden entsprechende Anwendung.

---

hypothek oder die Eigentümergrundschuld zugunsten des anderen, dem gegenüber sich der Eigentümer zur Löschung verpflichtet hat (§ 883 Abs. 2). Ohne dessen Zustimmung kann der Eigentümer nur die Löschung der Post bewirken (RG. 57 S. 209; Seuff. A. 60 Nr. 136). Überträgt oder belastet er die Eigentümerhypothek 2c., so ist diese Verfügung dem andern unschädlich; er kann von dem Dritten die Zustimmung zu der Löschung fordern (§ 888). Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt (§ 883 Abs. 2 Satz 2). Das gleiche gilt im Falle der Veräußerung des Eigentums durch den Verpflichteten (s. Voß a. a. O. S. 785). Auch eine Rangänderung zum Nachteile der zu löschenden Post ist gegenüber dem durch die Vormerkung Gesicherten unwirksam (Maenner S. 316 Anm. 80; Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 140; Reichel in Jherings J. 46 S. 120 f.). Vgl. im übrigen S. 114 ff. Erl. 2, 3 a, 3 b, 3 c, 4 zu § 883, S. 125 ff. Erl. I 1, 2, 2 d zu § 888 und über die Wirkung der Vormerkung in der Zwangsversteigerung RG. 57 S. 209, Seuff. A. 60 Nr. 12, 135, 136.

Eine weitere Wirkung ist der Vormerkung des § 1179 durch die CPO. § 984 Abs. 2 beigelegt; sie gewährt unter Umständen das Recht, das Aufgebot gemäß § 1170 zu beantragen (S. 652 Erl. 3 zu § 1170).

5. **Hinsichtlich der Beseitigung der Vormerkung** gilt das S. 123 ff. in den Erl. zu §§ 886, 887 Gesagte.

6. **Ob eine entsprechende Anwendung des § 1179** auf andere Verpflichtungen, die dem Eigentümer für den Fall der Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Person obliegen, als die Löschungspflicht gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft, da die Vorschrift des § 1179 sich als eine Sondervorschrift darstellt. Mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift, den nachstehenden Hypothekengläubigern das Aufrücken zu ermöglichen (s. Erl. 1), dürfte es sich wohl rechtfertigen, eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Vorrangs für den Fall jener Vereinigung zuzulassen, da dadurch jener Zweck ebenfalls erreicht wird (s. Jwand in DJZ. 1902 S. 221). Dagegen ist es bedenklich, mit Sekler (a. a. O. S. 45) die Verpflichtung des Eigentümers zu einer Inhaltsänderung oder zu einer Belastung der Hypothek der Löschungspflicht gleichzustellen. Ist die Hypothek bereits auf den verpflichteten Eigentümer übergegangen, so findet § 883 Anwendung (a. M. KG. 25 S. A 166; Oberneck I S. 654 f.; dagegen Eccius in Gruch. 48 S. 438).

7. Der § 1179 gilt nicht nur für die **Hypotheken**, einschließlich der Sicherungshypotheken und der Gesamthypotheken (über diese vgl. Sekler a. a. O. S. 48 f.), sondern auch für **Grundschulden und Rentenschulden**, aber nicht für Hypothekenvormerkungen (S. 119 Erl. 3 m zu § 883).

Die Rechtsstellung, welche auf Grund des § 1179 durch Eintragung einer Vormerkung erworben wird, kann durch Landesgesetz den Gläubigern, deren Pfandrechte zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs bestehen, gegenüber vorgehenden oder gleichstehenden Pfandrechten eingeräumt werden (vgl. Bd. VI S. 393 f. Erl. 1, 2 zu Art. 194).

§ 1180.

E. II § 1087 rev. § 1164; III § 1163. P. II Bd. 3 S. 720 f., 725 f.; Bd. 6 S. 245. D. S. 671.

1. Schon oben S. 508 Vorbm. 2 a ist erwähnt, daß das BGB., trotzdem es grundsätzlich an der akzessorischen Natur der Hypothek festhält, einen **Wechsel der durch die Hypothek gesicherten Forderung** trotz des Fortbestehens der Hypothek zuläßt. Dies ist im § 1180 ausgesprochen.

Diese Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß ohne ausdrückliche Vorschrift die Beteiligten das gleiche Ergebnis auf dem Umweg erreichen könnten, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet und der Eigentümer die für ihn dadurch nach §§ 1168, 1177 entstehende Eigentümergrundschuld gemäß § 1198 in eine Hypothek für eine andere Forderung umwandelt. Dieser Umweg wird durch § 1180 erspart (D. S. 671; vgl. P. II Bd. 3 S. 726 sowie Hachenburg, Beiträge S. 87ff.). Durch den Wechsel der durch die Hypothek gesicherten Forderung erhält die Hypothek einen anderen Inhalt. Dem entsprechend ist der Wechsel an die gleichen Voraussetzungen geknüpft, wie die Änderung des Inhalts eines Rechtes (§ 877).

2. Wie aus der in Erl. 1 mitgeteilten Begründung der Vorschrift erhellt, setzt § 1180 zunächst **das Bestehen einer gültigen Hypothek voraus.** Ist die Hypothek nichtig, so daß ihr Übergang auf den Eigentümer ausgeschlossen ist (S. 635ff. Erl. 2 zu § 1163), so kann sie auch nicht dadurch wirksam werden, daß ihr eine andere Forderung untergelegt wird. Die Bestimmung des E. I § 1192: „An die Stelle einer erloschenen Hypothek kann eine andere nicht eingetragen werden", ist von der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen worden (P. II Bd. 3 S. 614; vgl. M. III S. 736ff.). Der § 1180 setzt aber auch weiter voraus, daß die Hypothek als solche gültig besteht; ist sie von dem Gläubiger von vornherein nicht erworben oder später von ihm auf den Eigentümer als Grundschuld übergegangen, so findet nicht der § 1180, sondern der § 1198 auf die Umwandelung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek Anwendung (a. M. Predari S. 224). Ein Unterschied in den Voraussetzungen dieser beiden Inhaltsänderungen besteht jedoch nicht. Auf Grund dieser Vorschriften ist, da einer bedingten Inhaltsänderung grundsätzlich Bedenken nicht entgegenstehen, auch die Eintragung für zulässig zu erachten, daß, falls die gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt, die Hypothek für eine andere Forderung desselben Gläubigers haften soll. Die gleiche Eintragung zugunsten einer Forderung eines anderen Gläubigers zuzulassen, erscheint aus dem oben S. 523 Erl. 4 a. E. zu § 1113 angeführten Grunde bedenklich (a. M. für die Maximalhypothek RG. 22 S. A 160).

Wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, zwar besteht, aber in dem Grundbuche falsch bezeichnet ist, kommt der § 1180 ebenfalls nicht zur Anwendung. Es bedarf keiner Einigung des Eigentümers und des Gläubigers, sondern nur der Berichtigung des Grundbuchs auf Grund des Nachweises der Unrichtigkeit (§ 894; GBO. § 22; vgl. S. 532 Erl. 5a zu § 1115, S. 580 Erl. 3 zu § 1138; Rspr. 6 S. 124).

3. Außer dem Bestehen der Hypothek setzt der § 1180 weiter voraus:

a) die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers. Unter dem Gläubiger ist, wie aus Abs. 2 erhellt, der Gläubiger der neuen Forderung zu verstehen. Von dem Erfordernisse der Einigung macht das BGB. keine Ausnahme; da nun der Eigentümer nicht mit sich selbst den dinglichen Vertrag schließen kann, kann die durch eine Eigentümerhypothek gesicherte Forderung nicht während der Dauer der Vereinigung von Gläubigerrecht und Eigentum, sondern erst bei der Aufhebung der Vereinigung durch eine andere ersetzt werden. Die Einigung untersteht den Regeln des § 873; sie ist also ein abstrakter Vertrag, braucht der Eintragung nicht vorauszugehen und bedarf zu ihrer Wirksamkeit keiner Form (RG. in JW. 1905 S. 292), sie ist aber für die Beteiligten vor der Eintragung nur dann bindend, wenn eine der im § 873 Abs. 2 vorgeschriebenen Formen gewahrt ist (vgl. S. 83ff. Erl. II, III zu § 873 und über die Unanwendbarkeit des § 873 Abs. 2 auf den obligatorischen Vertrag RG. 50 S. 77). Auch die Vorschrift des § 878 über die Wirkungslosigkeit einer Verfügungsbeschränkung kommt hier zur Anwendung (S. 98 Erl. 1—5 zu § 878).

Über die Wirksamkeit eines obligatorischen Vertrags, daß eine Sicherungshypothek dem eingetragenen Gläubiger zur Sicherung für eine andere als die eingetragene Forderung dienen soll, im Konkurse des Eigentümers s. Rspr. 5 S. 8.

b) die Eintragung in das Grundbuch (s. Rspr. 6 S. 124). Einzutragen ist, daß an Stelle der bisherigen Forderung die näher zu bezeichnende neue Forderung gesetzt ist. Die nähere Bezeichnung der Forderung kann aber durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden (S. 532 Erl. 5 zu § 1115). Die Eintragung muß von dem Eigentümer und dem Gläubiger der bisherigen Forderung bewilligt werden; ist dieser mit dem Gläubiger der neuen Forderung nicht identisch, so bedarf es formellrechtlich der Bewilligung des letzteren nicht (vgl. Achilles-Strecker S. 210 Erl. 3 zu § 19, S. 315 Erl. 2 zu § 65). Das Bestehen der neuen Forderung bildet keine Voraussetzung der Eintragung der Umwandelung (Rspr. 10 S. 86; s. Erl. 4b).

c) **die Zustimmung des Dritten**, welchem ein Recht an der Hypothek zusteht, gemäß § 876 (vgl. S. 95f. Erl. 1—5 zu § 876).

d) **die Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers**, wenn die neue Forderung einem anderen zusteht. Wie die Zustimmung des Dritten nach § 876 Satz 3 Halbs. 1 ist auch diese dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Während jene Zustimmung aber nach § 876 Satz 3 Halbs. 2 unwiderruflich ist, ist der bisherige Hypothekengläubiger vor der Eintragung der Änderung an seine Zustimmungserklärung nur dann gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der GBO. entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat (§ 875 Abs. 2; vgl. S. 93f. Erl. 3 zu § 875). Die Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers ist dadurch der Aufgabeerklärung des § 875 gleichgestellt; durch sie gibt ja auch der bisherige Gläubiger sein dingliches Recht auf. Zu der Zustimmung des bisherigen Gläubigers muß ein Dritter, welchem ein Recht an der bisher gesicherten Forderung zusteht, seine Zustimmung gemäß § 876 erklären.

e) **Dagegen ist die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich.** Ihre Rechte werden durch eine Änderung der Forderung nicht berührt. Denn eine Erhöhung der Belastung des Grundstücks darf durch sie nicht herbeigeführt werden. Auch wenn die neue Forderung höher als die bisherige sein sollte, kann sie nur in Höhe des Nominalbetrags der Hypothek durch diese gesichert, also nur ein diesem entsprechender Teilbetrag an die Stelle der bisherigen Forderung gesetzt werden und zwar selbst dann, wenn nachstehende Rechte nicht vorhanden sind (s. Oberneck in Z. d. DNotVer. 1905 S. 358). Werden gleichzeitig die Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen geändert, so bedarf es, wenn dadurch die Belastung erhöht wird, der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten, soweit nicht die Ausnahmevorschrift des § 1119 Platz greift (vgl. S. 542f. Erl. 1—3 zu § 1119).

Die Zustimmung des persönlichen Schuldners der bisherigen Forderung wird ebenfalls nicht gefordert. Insoweit er ohne den Wechsel der Forderung aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können, wird er von seiner Verbindlichkeit gemäß § 1165 frei (Hachenburg, Beiträge S. 91).

4. **Die Wirkungen** der Änderung der gesicherten Forderung bestehen darin, daß nunmehr an Stelle der Forderung, für welche die Hypothek bisher bestand, die andere Forderung tritt.

a) **Die bisher gesicherte Forderung verliert nur die hypothekarische Sicherung**; sie bleibt aber im übrigen unverändert bestehen, soweit nicht die in Erl. 3e a. E. erwähnte Vorschrift des § 1165 Platz greift. Weder der Inhalt noch der Gläubiger der Forderung verändert sich. Auch wenn die andere Forderung nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zusteht, erwirbt der neue Hypothekengläubiger trotz der Vorschrift des § 1153 nur die Hypothek, nicht die Forderung des bisherigen Gläubigers (S. 610 Erl. 3b zu § 1153).

b) **Die Hypothek besteht von jetzt an für die andere Forderung.** Dem Eigentümer stehen nunmehr die Einreden zu, welche der persönliche Schuldner dieser Forderung dem Gläubiger entgegensetzen kann; ihre Fälligkeit berechtigt den Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers (§ 1142), ihre Übertragung hat den Übergang der Hypothek auf den neuen Gläubiger (§ 1153), ihr Erlöschen den Übergang auf den Eigentümer zur Folge (§ 1163 Abs. 1 Satz 2) ꝛc. Wenn Turnau-Förster 1. Aufl. I S. 724 Erl. 2 (anders 2. Aufl. S. 792) dem neuen Gläubiger den Schutz des § 892 zubilligen und Einreden gegen die Hypothek nur in den durch die §§ 1137, 1138 gezogenen Grenzen zulassen, so beruht dies hinsichtlich der im § 1137 bestimmten Einreden auf einem Irrtume, da der neue Gläubiger nicht die Forderung des bisherigen Gläubigers erwirbt und auch nicht die Einreden aus dem früheren Schuldverhältnisse, sondern nur die dem Schuldner gegen die neue Forderung zustehenden Einwendungen gegen sich gelten lassen muß, diese aber ohne die aus § 1138 sich ergebenden Einschränkungen, da er nicht Erwerber, sondern ursprünglicher Gläubiger der neuen Hypothekenforderung ist. Dagegen steht ihm der Schutz des § 892 hinsichtlich der Einwendungen gegen die Rechtsgültigkeit der Hypothek (s. Erl. 2) zur Seite.

Zweifelhaft ist, ob mit der Erfüllung der in Erl. 3 erörterten Voraussetzungen die Hypothek ohne weiteres dem Gläubiger der neuen Forderung zusteht. Zunächst könnte in Frage kommen, ob nicht neben diesen Voraussetzungen die im § 1154 für die Abtretung vorgeschriebenen Formen gewahrt werden müssen, wenn die neue Forderung nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zusteht. Diese Frage ist zu verneinen. Der § 1154 regelt die Form für die Abtretung der durch die Hypothek gesicherten Forderung, während im Falle des § 1180 der bisherige Gläubiger seine Forderung behält. Sein dingliches Recht geht

allerdings auf den Gläubiger der neuen Forderung über, aber nicht, weil er es ihm überträgt, sondern weil er darauf verzichtet und der Eigentümer über die ihm dadurch zufallende Hypothek durch deren Verbindung mit der neuen Forderung verfügt (Erl. 1). Demnach ist nur die der Aufgabeerklärung entsprechende Zustimmungserklärung des bisherigen Hypothekengläubigers (Erl. 3d) neben der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger und der Eintragung erforderlich, nicht gemäß § 1154 eine Einigung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger über die Abtretung der Hypothek oder, wenn die Hypothek eine Briefhypothek ist, eine Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers und die Übergabe des Briefes von diesem an den neuen Gläubiger. Anderseits kann nach den Grundsätzen des BGB. über die Briefhypothek nicht ohne weiteres mit der im § 1180 vorgeschriebenen Einigung, Zustimmung und Eintragung der neue Gläubiger die Hypothek erwerben, bevor er den Brief erhalten hat. Man wird vielmehr den § 1117 auch hier zur Anwendung bringen und überhaupt sagen müssen, daß der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger der neuen Forderung dasselbe erfordert, wie der Erwerb einer neu bestellten Hypothek durch den eingetragenen Gläubiger (anders Biermann S. 398 Erl. 2c). Der neue Gläubiger erwirbt demnach nicht immer, wenn die Voraussetzungen des § 1180 vorliegen, die Hypothek, sondern nur wenn die neue Forderung besteht; bis zu ihrer Entstehung steht die Hypothek, ebenso wie nach ihrem Erlöschen, als Grundschuld dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 1). Ist die Erteilung des Briefes nicht ausgeschlossen, so ist die Übergabe des Briefes von dem Eigentümer an den neuen Gläubiger oder die Vereinbarung, daß dieser berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen, Voraussetzung seines Gläubigerrechts (§ 1117, § 1163 Abs. 2; ebenso Biermann a. a. O.; a. M. Fuchs S. 579 Erl. 7; über das Verfahren hinsichtlich des Briefes in dem Falle des § 1180 vgl. GBO. § 65 Abs. 2, Achilles-Strecker S. 315 Erl. 3 zu § 65). Folgerecht wird man, wenn die Erteilung des Briefes ausgeschlossen und die neue Forderung eine Darlehnsforderung ist, auch die Anwendung des § 1139 binnen einem Monate nach der Eintragung der Änderung zulassen müssen (a. M. Biermann a. a. O.).

5. Wie in der D. S. 671 ausdrücklich hervorgehoben wird, können auf Grund des § 1180 auch **an die Stelle einer Forderung mehrere, an die Stelle mehrerer Forderungen eine oder mehrere andere Forderungen** gesetzt werden. Ob die mehreren Forderungen demselben oder verschiedenen Gläubigern zustehen, ob sie gleichen oder verschiedenen Rang haben sollen, ist gleichgültig (vgl. über die Änderung des Rangverhältnisses § 1151). Die Gesamtsumme der Forderungen darf natürlich den Nominalbetrag der Hypothek nicht übersteigen (s. Erl. 3e). Auch ein Teil der bisherigen Forderung kann durch eine neue Forderung ersetzt werden. Beispiele bei Turnau-Förster I S. 793 Erl. 4.

6. Der § 1180 findet auf **alle Arten der Hypotheken** Anwendung, insbesondere auch auf Sicherungshypotheken, da auch diese durch den Verzicht des Gläubigers auf den Eigentümer übergehen (Erl. 1, vgl. S. 640 Erl. 6 zu § 1163, S. 649 Erl. 5 zu § 1168; Hachenburg, Beiträge S. 92). Die Sicherungshypothek verliert durch den Wechsel der Forderung ihre rechtliche Natur nicht, es sei denn, daß sie gleichzeitig auf Grund des § 1186 in eine Verkehrshypothek umgewandelt wird. Über die Maximalhypothek vgl. Erl. 6 a. E. zu § 1190.

Auch einer Gesamthypothek kann gemäß § 1180 eine andere Forderung untergelegt werden. Hierzu bedarf es der Einigung zwischen dem neuen Gläubiger und sämtlichen Eigentümern der belasteten Grundstücke (S. 569f. Erl. 4 zu § 1132, vgl. § 1175). Werden an Stelle der bisher gesicherten Forderungen mehrere neue Forderungen gesetzt, so darf deren Gesamtbetrag die Höhe des Gesamthypothekenkapitals selbst dann nicht übersteigen, wenn dem einen Gläubiger nur eine Hypothek an dem einen, dem anderen an dem anderen belasteten Grundstücke zugeteilt wird (S. 568f. Erl. 3b zu § 1132, S. 657 Erl. 3a zu § 1172).

Auf die **Grundschulden und die Rentenschulden** kommt der § 1180 **nicht** zur Anwendung. Für sie gilt nur die Vorschrift des § 1198.

7. **Übergangsbestimmung.** Die Vorschrift des § 1180 enthält eine Neuerung gegenüber dem bisherigen, insbesondere dem preußischen Rechte, nach welchem die Unterlegung einer neuen Forderung nur zulässig war, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt war, nicht entstanden war (vgl. RG. 44 S. 294). Diese Neuerung findet nach dem EG. Art. 192 auf alle zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs bestehenden Hypotheken Anwendung.

8. Daß auch **kraft Gesetzes ein Wechsel in der gesicherten Forderung** eintreten kann, ist S. 610 Erl. 3b zu § 1153, S. 641f. Erl. 3 zu § 1164, S. 663 Erl. 4 zu § 1173 und S. 666 Erl. 4 zu § 1174 bereits erwähnt.

§. 1181. Wird der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt, so erlischt die Hypothek.

Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Gesammthypothek belasteten Grundstücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei.

Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht die Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf die sich die Hypothek erstreckt.

---

§ 1181.

E. I § 1078 Abs. 2, § 1092; II § 1088 rev. § 1165; III § 1164. P. I S. 5050 ff., 5186 ff., 5194 ff., 5199, 5218 ff.; M. III S. 687, 720 f. P. II Bd. 3 S. 574, 604, 620, 622 f.; Bd. 6 S. 257. D. S. 672.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 248 ff.

1. Die §§ 1181, 1182 regeln **die Wirkung der Befriedigung des Hypothekengläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung auf die Hypothek,** und zwar enthält der § 1181 die Regel und der § 1182 eine Ausnahme von der Vorschrift des Abs. 2 für den Fall, daß der Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gesamthypothekengläubiger befriedigt wird, einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer eines der anderen Grundstücke hat.

Der E. I hatte keine dem § 1181 entsprechende Vorschrift für die Einzelhypothek und bedurfte dieser nicht, da nach ihm (§ 1092) das Erlöschen der Forderung regelmäßig das Erlöschen der Hypothek zur Folge haben sollte (S. 512 Vorbm. 2e); für die Gesamthypothek enthielt der § 1078 Abs. 2 die dem § 1181 Abs. 2 entsprechende Bestimmung. Dagegen geht das BGB. davon aus, daß bei dem Erlöschen der Forderung die Hypothek als Grundschuld dem Eigentümer zufällt (§ 1163 Abs. 1 Satz 2). Hiervon macht der § 1181 eine Ausnahme auf Grund der Erwägung, daß im § 1113 die Hypothek als eine Belastung des Grundstücks charakterisiert sei, kraft deren der Gläubiger die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem belasteten Grundstücke verlangen könne, daß mit der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke dieser Zweck erreicht und das hypothekarische Recht seinem Inhalte nach erschöpft sei; demzufolge müsse die Hypothek mit der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück erlöschen (P. II Bd. 3 S. 622; vgl. auch M. III S. 687). Der Vorschrift des Abs. 2 insbesondere liegt die oben S. 515 Vorbm. 2f erwähnte Auffassung von der Gesamthypothek zugrunde, daß die Summe, mit welcher die mehreren Grundstücke belastet sind, nur einmal verlangt werden kann und daß die Belastung jedes einzelnen Grundstücks unter der auflösenden Bedingung erfolgt, daß sie erlischt, wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus einem anderen der mitverhafteten Grundstücke erlangt (P. II Bd. 3 S. 622 f.).

2. **Die Voraussetzung** für die Anwendung des § 1181 bildet die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück oder aus einem der belasteten Grundstücke oder aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt.

a) Hierunter ist **die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung** zu verstehen, nicht die Befriedigung, welche der Eigentümer des belasteten Grundstücks oder eines der Grundstücke durch Zahlung ꝛc. bewirkt. Die Streitfrage, die sich in dieser Hinsicht an die dem Abs. 2 entsprechende Vorschrift das preuß. Eig.Erw.Ges. § 42 Abs. 2 knüpfte (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 230 Erl. II 2d zu § 42), ist für das jetzige Recht auf Grund des § 1147 und der Entstehungsgeschichte des § 1181 unmöglich. Der § 1147 bestimmt ausdrücklich, daß die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt; und die im E. I § 1078 Abs. 2 enthaltenen Worte „im Wege der Zwangsverwaltung oder der Zwangsversteigerung" sind durch die zweite Kommission gestrichen worden, weil die Frage, ob die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung die einzigen Arten der Immobiliarzwangsvollstreckung sein sollten, dem ZVG. vorzubehalten sei (P. II Bd. 3 S. 624). Da der Befriedigung aus dem Grundstücke die Befriedigung aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek nach §§ 1120—1130 erstreckt, durch Abs. 3 gleichgestellt ist, kommt neben der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung die Sonderverwertung dieser Gegenstände auf Grund des § 65 ZVG. (Fischer und Schaefer S. 293 ff.) und auch die Mobiliarzwangsvollstreckung in Betracht (vgl. S. 599 Erl. 1b, c zu § 1147; a. M. Boehm S. 274 III).

Zweifelhaft könnte es sein, ob nicht die Einziehung der Entschädigungssumme aus einer Gebäudeversicherung durch den Hypothekengläubiger auf Grund des § 1128 (s. S. 562 Erl. 3c zu § 1128) als eine Befriedigung im Sinne des § 1181 anzusehen ist, da der § 1128

eine Ausnahme von § 1147 enthält. Richtiger erscheint jedoch die Verneinung dieser Frage, weil nach § 1288 Abs. 2 die Hypothekenforderung mit der Einziehung als von dem Versicherten berichtigt gilt (RG. 56 S. 322). Die Hypothek an dem Grundstücke erlischt also nicht, sondern wird zur Eigentümergrundschuld (Gierke in Jherings Jahrb. 40 S. 425 ff.).

Anderseits genügt nicht jede Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung zur Anwendung des § 1181. Erlangt der Gläubiger auf Grund seiner persönlichen Forderung Befriedigung aus Gegenständen, welche der Hypothek nicht unterliegen, so findet nicht § 1181, sondern § 1163 Abs. 1 Satz 2 Anwendung. Dasselbe gilt, wenn der Gläubiger zwar in die Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, aber nicht auf Grund seines dinglichen, sondern lediglich auf Grund seines persönlichen Anspruchs die Zwangsvollstreckung betrieben hat; das hypothekarische Recht ist in diesem Falle garnicht geltend gemacht und infolge dessen auch nicht seinem Inhalte nach erschöpft (vgl. Erl. 1; Bruck a. a. O. S. 249; a. M. Fuchs S. 583 Erl. 5).

b) Bei der Immobiliarzwangsvollstreckung ist die Befriedigung des Gläubigers im Sinne des § 1181 erfolgt,

α) wenn die Hypothekenforderung durch Barzahlung aus dem Versteigerungserlöse des Grundstücks oder aus den Nutzungen des zur Zwangsverwaltung gestellten Grundstücks berichtigt wird. Der Zahlung steht die Hinterlegung für den Berechtigten sowie die von dem Vollstreckungsgericht erteilte Anweisung auf einen vor dem Verteilungstermine gemäß ZVG. § 49 Abs. 3, § 65, § 107 Abs. 1, 3 hinterlegen Betrag gleich (ZVG. §§ 117, 155—158; vgl. Fischer und Schaefer S. 415 f. Erl. zu § 117);

β) wenn wegen Nichtberichtigung des Bargebots die Forderung gegen den Ersteher durch Anordnung des Gerichts auf den Hypothekengläubiger übertragen wird und dieser binnen einer Frist von drei Monaten weder dem Gerichte gegenüber den Verzicht auf die Rechte aus der Übertragung erklärt noch die Zwangsversteigerung des dem Ersteher zugeschlagenen Grundstücks auf Grund der übertragenen Forderung oder der dafür bestellten Sicherungshypothek beantragt (ZVG. § 118, vgl. §§ 128, 132, 133; Fischer u. Schaefer S. 418 f. Erl. 3a zu § 118);

γ) wenn die Forderung gegen den Ersteher durch Anordnung des Gerichts auf den Hypothekengläubiger übertragen wird, weil Zahlungsfristen festgesetzt worden sind (ZVG. § 118 Abs. 1 Satz 2, §§ 60, 61). In diesem Falle wirkt die Übertragung stets sofort wie die Befriedigung aus dem Grundstücke (Fischer u. Schaefer S. 419 Erl. 3b zu § 118, S. 284 ff. Erl. zu §§ 60, 61);

δ) wenn die Hypothek nicht auf Grund der gesetzlichen oder der vereinbarten Versteigerungsbedingungen (ZVG. §§ 44, 49, 52, 59), sondern auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Ersteher gemäß ZVG. § 91 Abs. 2, 3 bestehen bleibt (Fischer u. Schaefer S. 355 ff. Erl. 3—5 zu § 91).

c) Dagegen greift die Vorschrift des § 1181 nicht Platz, wenn bei der Zwangsversteigerung **die Hypothek ausfällt.** Zwar erlischt sie auch in diesem Falle durch den Zuschlag (ZVG. § 91), aber nur auf dem versteigerten Grundstücke, nicht auf etwaigen mitbelasteten Grundstücken sowie auf mithaftenden beweglichen Gegenständen, die nicht mitversteigert sind (vgl. S. 599 Erl. 1c zu § 1147).

d) Wenn der Hypothekengläubiger **nur zum Teil** aus dem Grundstück oder den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, **befriedigt** wird, so treten die Wirkungen des § 1181 nur in Höhe dieses Teiles ein.

3. Diese **Wirkungen** bestehen darin, daß die Hypothek, soweit der Gläubiger befriedigt wird, völlig erlischt, nicht nur an dem Grundstück oder dem Gegenstand, aus welchem der Gläubiger befriedigt ist, sondern an allen mitbelasteten Grundstücken und mithaftenden Gegenständen. Hiervon gilt in dem in Erl. 2bδ erwähnten Falle die Ausnahme, daß die Hypothek auf Grund der Vereinbarung zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Ersteher an dem versteigerten Grundstücke bestehen bleibt und nur auf den mitbelasteten Grundstücken erlischt, während in dem durch § 1182 geregelten Falle umgekehrt die Hypothek nicht an dem versteigerten, sondern an den oder an einem der mitbelasteten Grundstücke bestehen bleibt. Ferner macht die Vorschrift des ZVG. § 91 insofern eine Ausnahme von der Bestimmung des § 1181 Abs. 1, als die Hypothek, welche weder nach den Versteigerungsbedingungen noch auf Grund besonderer Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Ersteher bestehen bleibt, auf dem versteigerten Grundstücke nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers, sondern schon durch den Zuschlag (ZVG.

§. 1182. Soweit im Falle einer Gesammthypothek der Eigenthümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt wird, von dem Eigenthümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigenthümers Ersatz verlangen kann, geht die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigenthümers auf ihn über. Die Hypothek kann jedoch, wenn der Gläubiger nur theilweise befriedigt wird, nicht zum Nachtheile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachtheile dieses Rechtes geltend gemacht werden.

---

§§ 89, 104) erlischt, während sie an den mitbelasteten Grundstücken mit dem Eintritte der in Erl. 2b erwähnten Voraussetzungen endigt.

Das Erlöschen tritt kraft Gesetzes ein. Die Löschung der Hypothek im Grundbuch ist keine Voraussetzung ihres Erlöschens, sondern wirkt nur deklaratorisch. Die Herbeiführung der Löschung auf dem versteigerten oder zur Zwangsverwaltung gestellten Grundstück ist bei der Immobiliarzwangsvollstreckung Sache des Vollstreckungsgerichts nach näherer Bestimmung des ZVG. §§ 130, 131, 158. Dagegen erfolgt die Löschung einer Gesamthypothek auf den übrigen Grundstücken nicht auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts und auch nicht von Amtswegen durch das Grundbuchamt, sondern nur auf Antrag der Beteiligten im Berichtigungsverfahren (s. Erl. 4 zu § 1182; BGB. §§ 894ff.; GBO. §§ 22, 27; RG. 23 S. A 254; Achilles-Strecker, GBO. S. 197 Erl. 5b zu § 13, S. 262ff. Erl. 1b zu § 39; Fischer u. Schaefer S. 357 Erl. 5b α zu § 91, S. 445f. Erl. 3c zu §§ 130, 131); dasselbe ist bei einer Befriedigung durch Mobiliarzwangsvollstreckung der Fall.

4. Welche Wirkung die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung auf **die persönliche Forderung** hat, ist in dem Gesetze nicht gesagt. Wie jede Befriedigung des Gläubigers, so führt auch diese regelmäßig das Erlöschen der persönlichen Forderung herbei (§ 362). Diese Wirkung tritt insbesondere auch in dem in Erl. 3b δ erwähnten Falle der Vereinbarung zwischen dem Ersteher und dem Gläubiger ein, da die Vereinbarung wie die Befriedigung des Berechtigten wirkt; die Hypothek wird infolgedessen zur Grundschuld (Fischer u. Schaefer S. 265 Erl. 2a zu § 53, S. 358 Erl. 5b β zu § 91; Meyer in Bl. f. RAnw. 1904 S. 226; Bruck a. a. O. S. 251; a. M., insbesondere für den Fall der vereinbarten Übernahme der persönlichen Schuld durch den Ersteher Rspr. 9 S. 140, 11 S. 127, Kretzschmar I S. 301, Linkelmann in JW. 1903 S. 336, Fuchs S. 584 Erl. 7, Oberneck I S. 900, Jaeckel im Recht 1901 S. 280). Dagegen gilt eine Ausnahme, falls der Eigentümer des Grundstücks oder des Gegenstandes, aus welchem der Gläubiger befriedigt ist, mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch ist; alsdann geht, wie oben S. 590 Erl. 2c zu § 1143 erwähnt, die Forderung auf ihn über.

5. Der § 1181 findet auf **alle Arten der Hypotheken** sowie auf **die Grundschulden und die Rentenschulden** Anwendung.

§ 1182.

E. II § 1089 rev. § 1166; III § 1165. P. II Bd. 3 S. 620, 624ff.; Bd. 6 S. 257ff. D. S. 672f.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 211ff.; Lang, Gesamthypothek, im Arch. f. civ. Pr. 89 S. 305, 313f.

1. Befriedigung des Hypothekengläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung; Sondervorschrift für die Gesamthypothek. Der § 1182 enthält eine Ausnahmebestimmung von der Vorschrift des § 1181 Abs. 2, beruhend auf der Erwägung, daß der an letzterer Stelle ausgesprochene Grundsatz zu Unbilligkeiten führe, wenn der Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke dem Eigentümer eines anderen zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet sei; wenn sich in diesem Falle der Gläubiger kraft seines freien Wahlrechts an das letztere Grundstück halten und daraus befriedigt werden würde, so würde durch das Erlöschen der Gesamthypothek auf allen Grundstücken der zur Befriedigung verpflichtete Eigentümer eine ungerechtfertigte Bereicherung erlangen und der ersatzberechtigte Eigentümer auf einen unsicheren obligatorischen Ausgleichungsanspruch angewiesen sein. Um diese Unbilligkeit zu vermeiden, läßt das BGB. die Hypothek an den Grundstücken des ersatzpflichtigen Eigentümers auf den Eigentümer des Grundstücks, aus welchem die Befriedigung erfolgt ist, in Höhe seines Ausgleichungsanspruchs übergehen (P. II Bd. 3 S. 626). Demnach ist die Rechtsstellung des Eigentümers, aus dessen Grundstücke der Gläubiger befriedigt wurde, gegenüber den andern Grundstücken grundsätzlich die

gleiche, wie wenn der Eigentümer selbst den Gläubiger befriedigt hätte (§ 1173 Abs. 2). Es zeigt sich also auch hier die Richtigkeit des oben S. 590 Erl. 2 c zu § 1143 erörterten Satzes, daß eine Befriedigung aus dem Grundstück als durch den Eigentümer des Grundstücks erfolgt anzusehen ist.

2. Die **Voraussetzungen** des § 1182 sind:

a) die Befriedigung des Hypothekengläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke. Wann diese erfolgt ist oder als erfolgt gilt, ist S. 686 Erl. 2 b zu § 1181 erörtert. Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht auch für die Anwendung des § 1182 die Befriedigung aus denjenigen Gegenständen gleich, auf welche sich die Hypothek erstreckt, und auch hier genügt teilweise Befriedigung (S. 685 f. Erl. 2 a, d zu § 1181);

b) die Verschiedenheit der Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke. Gehören diese demselben Eigentümer, so ist die Vorschrift des § 1182 ebenso unanwendbar wie die des § 1173 (S. 661 Erl. 2 a zu § 1173; a. M. Fuchs S. 585 Erl. 8 a; Oberneck I S. 883 f.) Es verbleibt alsdann bei der Regel des § 1181 Abs. 2;

c) das Bestehen eines Ersatzanspruchs des Eigentümers, aus dessen Grundstücke die Befriedigung erfolgt ist, gegen den Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger. In diesem Punkte ist auf die Erl. 4 a zu § 1173 S. 662 zu verweisen.

3. Die an diese Voraussetzungen geknüpften **Wirkungen** stimmen mit denen des § 1173 darin überein, daß der Eigentümer, aus dessen Grundstücke die Befriedigung erfolgt ist, in Höhe seines Ersatzanspruchs die Hypothek an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen erwirbt. Dagegen erlischt die Hypothek, abweichend von dem Falle des § 1173 Abs. 2, an dem versteigerten Grundstücke, sofern sie nicht in der Hand des Gläubigers bestehen bleibt (S. 686 Erl. 2 b δ u. 3), und auch an sonstigen mitbelasteten Grundstücken jenes Eigentümers (a. M. hinsichtlich der letzteren Fuchs und Oberneck a. a. O.). Der letztere erwirbt also nie eine Gesamthypothek an seinem Grundbesitz und an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen, sondern regelmäßig nur eine Einzelhypothek und nur, wenn der Ersatzpflichtige Eigentümer mehrerer mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke ist oder wenn dem Ersatzberechtigten die Eigentümer mehrerer Grundstücke für denselben Ersatzanspruch haften (S. 664 Erl. 4 b γ zu § 1173), eine Gesamthypothek an diesen Grundstücken.

Eine weitere Abweichung von § 1173 Abs. 2 ergibt sich aus **§ 1182 Satz 2.** Diese Bestimmung gründet sich auf die Auffassung, daß die Belastung jedes einzelnen Grundstücks mit der Gesamthypothek unter der auflösenden Bedingung der Befriedigung des Gläubigers aus einem anderen Grundstück erfolgt. Die der Gesamthypothek gleich- oder nachstehenden Berechtigten dürfen mit dem Eintritte dieser Bedingung und demnach mit der Möglichkeit vorzurücken rechnen und würden benachteiligt werden, wenn ihnen diese Möglichkeit durch die Hypothek für den Ersatzanspruch trotz des Eintritts der auflösenden Bedingung verschlossen würde. Deshalb soll die Hypothek des Ersatzberechtigten nicht nur, wie in dem Falle des § 1173 Abs. 2, der Resthypothek des Gläubigers (§ 1176), sondern auch einem gleich- oder nachstehenden Rechte im Range nachstehen (P. II Bd. 3 S. 627). Dieses Recht muß an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen zu der Zeit bestehen, zu welcher die Hypothek auf den Eigentümer des Grundstücks übergeht, aus dem die Befriedigung erfolgt ist, also da dieser Übergang sich kraft Gesetzes mit der Befriedigung vollzieht, zur Zeit dieser Befriedigung. Die Art dieses Rechtes ist ohne Bedeutung. Es braucht keine Gesamthypothek (P. II a. a. O.) und überhaupt keine Hypothek oder Grundschuld zu sein. Erforderlich ist nur ein dingliches Recht; ein persönlicher Gläubiger, zu dessen Gunsten zur Zeit des Überganges die Beschlagnahme des Grundstücks erfolgt war, ist ebensowenig gleichgestellt wie die Konkursgläubiger, falls vor dem Übergange der Konkurs über das Vermögen des Ersatzpflichtigen eröffnet sein sollte (P. II Bd. 6 S. 257 ff.; vgl. Fischer u. Schaefer S. 220 f. Erl. 7 zu ZVG. § 23; RG. 34 S. 60).

Durch die beiden erwähnten Abweichungen von der Vorschrift des § 1173 ist das Recht des ersatzberechtigten Eigentümers erheblich eingeschränkt; es ist völlig wertlos, wenn die gleich- oder nachstehenden Rechte den Wert des Grundstücks des Ersatzpflichtigen erschöpfen. Im übrigen gilt aber das S. 663 f. Erl. 4 b, c zu § 1173 Gesagte auch hier. Insbesondere verbindet sich auch in dem Falle des § 1182 die Hypothek mit der Ersatzforderung (a. M. Fuchs S. 585 Erl. 8 c, Willenbücher S. 233 Erl. 2, Turnau-Förster I S. 799 Erl. 4, Bruck a. a. O. S. 213).

4. **Die Berichtigung des Grundbuchs** durch Umschreibung der Hypothek an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen auf den Ersatzberechtigten erfolgt nicht auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts

§. 1183. Zur Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Eigenthümers erforderlich. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich.

(S. 687 Erl. 3 zu § 1181), sondern auf Antrag der Beteiligten. Der Ersatzberechtigte oder der sonstige Antragsteller hat zu diesem Zwecke dem Grundbuchamte die Voraussetzungen (Erl. 2), insbesondere auch das Bestehen des Ersatzanspruchs nachzuweisen (GBO. §§ 22, 29; vgl. S. 675f. Erl. 5 zu § 1177). Umgekehrt muß der Antrag auf Löschung der Gesamthypothek auf den mitbelasteten Grundstücken auf Grund des § 1181 Abs. 2 durch den Nachweis gerechtfertigt werden, daß ein Ersatzanspruch des Eigentümers, aus dessen Grundstücke die Befriedigung erfolgt ist, nicht besteht.

5. Auf eine **Hypothek an einem im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstücke** wird, wie der § 1173 (s. S. 664f. Erl. 7 zu § 1173), so auch der § 1182 entsprechend anzuwenden sein, wenn der Gläubiger aus dem Bruchteil eines Miteigentümers befriedigt wird (s. Kretzschmar im Sächs. Arch. 12 S. 664f.)

6. Der § 1182 gilt für **alle Arten der Hypotheken** sowie für die **Grundschulden** und die **Rentenschulden**. Auch die Grundschuld an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen verbindet sich mit der Ersatzforderung und verwandelt sich daher kraft Gesetzes in eine Hypothek (Biermann S. 402 Erl. 3; a. M. Turnau-Förster I S. 799 Anm. I 4, Fuchs S. 585 Erl. 8c, Bruck a. a. O. S. 213).

7. **Übergangsbestimmung.** Über die Anwendbarkeit des § 1182 auf die zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsrechts bestehenden Pfandrechte vgl. Bd. VI S. 391 Erl. 8i zu EG. Art. 192.

§ 1183.

E. I § 1091 Abs. 1—3; II § 1090 rev. § 1167; III § 1166. P. I S. 5186, 5188, 5190ff., 5199ff., 6241, 6247; M. III S. 719f. P. II Bd. 3 S. 615ff., 721, 725ff.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 246ff.

1. Der § 1183 ergänzt die Vorschrift des § 875. Wie dieser, betrifft auch jener nur **die Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft**, nicht die Fälle, in denen die Hypothek kraft Gesetzes erlischt (vgl. S. 519 Vorbm. 4e, S. 662 Erl. 3 zu § 1173, S. 667f. Erl. 1b, 2 zu § 1175, S. 686f. Erl. 3 zu § 1181).

2. **Erfordernisse der Aufhebung.** Zu der Aufhebung der Hypothek bedarf es nach §§ 875, 876 der Erklärung des Hypothekengläubigers, daß er die Hypothek aufgebe, welche dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt, die ebenfalls diesem oder jenem gegenüber zu erklärende Zustimmung des Dritten, welchem ein Recht an der Hypothek zusteht, und die Löschung der Hypothek im Grundbuche. Hierzu tritt nach § 1183 als weiteres Erfordernis **die Zustimmung des Eigentümers**. Da nämlich diesem mit dem Verzichte des Gläubigers sowie mit dem Erlöschen seines Forderungsrechts die Hypothek zufällt, würde ihm ein Vermögensstück wider seinen Willen entzogen werden können, wenn die Aufhebung der Hypothek ohne seine Zustimmung gemäß der Regel der §§ 875, 876 zulässig wäre.

a) **Einseitige Erklärungen des Gläubigers und des Eigentümers.** Demnach bedarf es zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek wie zu deren Begründung sowohl einer Erklärung des Gläubigers wie des Eigentümers; während für die Begründung aber die beiden Erklärungen als Bestandteile eines Vertrags gefordert werden, sind zur Aufhebung nur zwei einseitige Erklärungen erforderlich. Die Bestimmung des E. I § 1091 Abs. 1, nach welcher auch die Aufhebung einen dinglichen Vertrag voraussetzte, ist von der zweiten Kommission geändert (vgl. M. III S. 720; P. II Bd. 3 S. 615ff. sowie oben S. 93 Erl. 2 zu § 875; RG. 24 S. A 216, Rspr. 6 S. 207). Auch die Annahmeerklärung des Eigentümers macht die Löschungsbewilligung nicht zu einem Vertrage (RG. 27 S. B 46).

Ist der Eigentümer zugleich der Gläubiger der Hypothek, so ist, abgesehen von der Zustimmung des Dritten, welchem ein Recht an der Hypothek zusteht, die Aufgabeerklärung des Eigentümers neben der Löschung erforderlich und genügend (P. II Bd. 3 S. 616). Natürlich gilt dies nur, solange die Vereinigung von Hypothek und Eigentum dauert; hat der Eigentümerhypothekengläubiger das Eigentum an dem Grundstück übertragen, so kann er die Hypothek nur noch mit Zustimmung des jetzigen Eigentümers aufheben, während anderseits auch der letztere ohne die Aufhebungserklärung des früheren Eigentümers oder seines Rechtsnachfolgers im Gläubigerrechte die Aufhebung nicht erwirken kann (Rspr. 3 S. 224, 8 S. 315).

b) Form und Inhalt der Zustimmung des Eigentümers. Nach dem E. I § 1091 Abs. 1 sollte zur Aufhebung der Hypothek neben dem erwähnten dinglichen Vertrage stets ein Löschungsantrag des Eigentümers erforderlich, die Erwirkung der Löschung also ausschließliches Recht des Eigentümers sein. Auch dies ist durch die zweite Kommission geändert worden (vgl. P. II Bd. 3 S. 615). Die Zustimmung des Eigentümers braucht nicht in der Form des Löschungsantrags erklärt zu werden; sie kann sowohl dem Grundbuchamt als dem Gläubiger gegenüber abgegeben werden (Satz 2) und bedarf weder einer bestimmten Wortfassung (RG. 52 S. 416, s. S. 87 Erl. III 3 zu § 873) noch einer Form. Die Berechtigung zu dem Antrag auf Löschung der Hypothek bestimmt sich nach der GBO., und zwar, da eine Sondervorschrift für diesen Antrag nicht besteht, nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 13—15. Demnach kann nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Gläubiger oder ein gleich- oder nachstehender Berechtigter die Löschung beantragen (vgl. Achilles-Strecker S. 197 Erl. 5b zu § 13, S. 222 Erl. 1a zu § 27). Ihrem Antrag ist aber die Zustimmung des Eigentümers beizufügen. Wenn dagegen der Eigentümer selbst die Löschung beantragt, so liegt darin zugleich seine Zustimmung zu der Aufhebung der Hypothek, sofern diese nicht bereits anderweit erklärt ist. In diesem Falle bedarf der Antrag, weil er nicht lediglich der die Tätigkeit des Grundbuchamts in Bewegung setzende formelle Akt ist, sondern zugleich die Bedeutung der rechtsgeschäftlichen Zustimmungserklärung hat, der in der GBO. § 29 Satz 1 vorgeschriebenen Form (GBO. § 30; RJA. 4 S. 168; Achilles-Strecker S. 224 Erl. 3 zu § 27, S. 235 Erl. 1a zu § 30).

c) Aufhebungs- oder Verzichtserklärung des Gläubigers. Im Gegensatze zu einem in der zweiten Kommission gestellten Antrage verlangt das BGB. nicht die Aufhebungserklärung des Eigentümers und die Zustimmung des Gläubigers, sondern die Aufhebungserklärung des letzteren und die Zustimmung des ersteren und unterscheidet auch nicht die Fälle, in denen der Gläubiger sein Recht in der Absicht aufgibt, daß die Hypothek gelöscht werde, von den Fällen, in denen der Gläubiger auf sein Recht mit der Absicht verzichtet, daß die Hypothek nicht gelöscht, sondern von dem Eigentümer erworben werde (vgl. P. II Bd. 3 S. 616 f.). Demnach genügt auch in dem letzteren Falle die Verzichtserklärung des Gläubigers, die Zustimmung des Eigentümers und die Löschung zur Aufhebung der Hypothek, ohne daß es der Eintragung des Verzichts nach § 1168 Abs. 2 bedarf (Rspr. 6 S. 101; a. M. Turnau-Förster I S. 760 Erl. 5 zu § 1168, Oberneck I S. 670, Fuchs S. 589 Erl. 2). In der Verzichtserklärung des Gläubigers wird also zugleich die Aufhebungserklärung für den Fall gefunden, daß der Eigentümer zustimmt. Daß dies der Absicht der zweiten Kommission entspricht, ergibt sich aus der angeführten Stelle der Protokolle; es spricht dafür auch die durch Ersparung der doppelten Eintragung erreichte Vereinfachung und Verminderung der Kosten. Jener Unterschied ist aber nur für die Aufhebung der Hypothek ohne Belang. Er ist dagegen von Bedeutung, wenn der Eigentümer über die Hypothek anderweit verfügen will. Dazu ist er nur auf Grund eines Verzichts des Gläubigers und nach der Eintragung des Verzichts in das Grundbuch berechtigt (s. KG. 23 S. A 158, 235; Bruck a. a. O. S. 248, Turnau-Förster a. a. O. und S. 805 Erl. 6; abw. Kretzschmar I S. 148 f.).

d) Steht das belastete Grundstück im Miteigentume, so ist zur Aufhebung der Hypothek an dem ganzen Grundstücke die Zustimmung aller Miteigentümer erforderlich, sofern nicht auf Grund des zwischen diesen bestehenden Rechtsverhältnisses die Zustimmung des einen die des anderen Miteigentümers ersetzt; so genügt z. B. zur Löschung einer auf einem gütergemeinschaftlichen Grundstück eingetragenen Hypothek die Zustimmung des Ehemanns, sofern nicht in der Einwilligung zur Löschung eine Schenkung zu finden ist (KG. 20 S. A 209, 22 S. A 140; RJA. 4 S. 168).

Zur Aufhebung einer **Gesamthypothek** ist auf Grund des § 1175 die Zustimmung der Eigentümer aller belasteten Grundstücke erforderlich. Soll sie aber nur auf einem Grundstück aufgehoben werden und an den übrigen bestehen bleiben, so bedarf es der Zustimmung der Eigentümer materiellrechtlich überhaupt nicht (S. 667 Erl. 1b zu § 1175; a. M. Kretzschmar I S. 149).

Letzteres gilt auch von der **Entlassung eines Trennstücks oder eines Bruchteils aus der Mithaft** für eine Einzelhypothek (KG. 25 S. A 135; vgl. KG. in CBl. f. FG. 6 S. 25; s. S. 649 Erl. 3b α zu § 1168, S. 667 f. Erl. 1c zu § 1175; a. M. Biermann S. 402 Erl. 1, Huther in Meckl. Z. 21 S. 79).

Dagegen ist die **Herabsetzung des Zinsfußes** eine teilweise Aufhebung der Hypothek im Sinne des § 1183 (RJA. 4 S. 168, Rspr. 10 S. 89).

e) Über die Bedeutung der Vorschrift des Schlußhalbsatzes, welche die **Zustimmung für unwiderruflich** erklärt, vgl. S. 678 Erl. 3 zu § 1178 sowie RG. 52 S. 416, wonach an die vor der Konkurseröffnung erklärte Zustimmung der Konkursverwalter gebunden ist, und über die **Erfordernisse der §§ 875, 876** S. 93 ff. Erl. 2—4 zu § 875, Erl. 1—5 zu § 876 und S. 98 f. Erl. 1—5 zu § 878. Das in der Erl. 3bβ zu § 875, Erl. 2—5 zu § 876 Gesagte findet auf die Zustimmung des Eigentümers entsprechende Anwendung.

f) **Aufhebungserklärung eines Dritten.** Wenn einem Dritten ein Recht an der Hypothek zusteht, so genügt unter Umständen statt der Aufhebungserklärung des Gläubigers und der Zustimmung des Dritten die Aufhebungserklärung des letzteren, z. B. des Pfandgläubigers der Hypothekenforderung, welcher zu deren Einziehung befugt ist und gegen Zahlung des Hypothekenbetrags dem Eigentümer auf dessen Verlangen Löschungsbewilligung erteilt (§ 1282, CPO. § 836; vgl. RG. 23 S. A 147, 29 S. A 186, Seuff. A. 59 Nr. 85, Rspr. 8 S. 209).

3. **Wirkung.** Liegen die in Erl. 2 erörterten Voraussetzungen der Aufhebung der Hypothek vor, so erlischt diese und die nachstehenden Hypotheken rücken vor. Der Eigentümer hat nicht das Recht, bei der Löschung eine oder mehrere andere Hypotheken bis zum Betrage der gelöschten Hypothek und mit deren Range eintragen zu lassen oder sich diese Eintragung vorzubehalten (P. II Bd. 3 S. 726 f.).

4. **Formellrechtliche Vorschriften.** Während nach dem materiellen Rechte, wie in Erl. 1 erwähnt, die Zustimmung des Eigentümers nur zu der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek erforderlich ist, verlangt die GBO. § 27 Abs. 1 im Interesse der Vereinfachung der Grundbuchführung zu jeder Löschung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld die Zustimmung des Eigentümers, auch wenn die Hypothek ꝛc. kraft Gesetzes erloschen ist (vgl. Achilles-Strecker S. 222 ff. Erl. 1b, 3—5 zu § 27 und oben S. 569 Erl. 3b zu § 1132, S. 667 f. Erl. 1c zu § 1175).

Zur Löschung ist ferner formellrechtlich unter Umständen noch die Zustimmung eines Dritten erforderlich, z. B. des persönlichen Schuldners oder des sonstigen Dritten, welcher den Gläubiger befriedigt hat, um festzustellen, daß jenem kein Recht auf die Hypothek gemäß §§ 1164, 1174 oder § 1150 zusteht (S. 675 f. Erl. 5 zu § 1177). Ein materiellrechtliches Erfordernis für die Aufhebung ist seine Zustimmung jedoch nicht. Ist aber die Hypothek auf den Dritten übergegangen, so bedarf es seiner Aufhebungserklärung.

5. Der § 1183 findet auf die **Hypotheken für Rückstände von Zinsen** und anderen Nebenleistungen sowie für die dem Gläubiger zu erstattenden **Kosten** keine Anwendung (§ 1178). Hiervon abgesehen gilt er für **alle Hypotheken** sowie für die **Grundschulden** und die **Rentenschulden**, dagegen nicht für Hypothekenvormerkungen.

§§ 1184—1190.

Quandt, Die schlichte Sicherungshypothek (1904).

1. Die §§ 1184—1190 betreffen **die Sicherungshypothek**, und zwar enthalten die §§ 1184 bis 1186 allgemeine Vorschriften und die §§ 1187—1190 Sonderbestimmungen für einzelne Arten. Der § 1184 regelt den Begriff, die Zulässigkeit und die Begründung der Sicherungshypothek, der § 1185 deren Besonderheiten gegenüber der Verkehrshypothek. Durch § 1186 wird die Umwandelung der Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek oder umgekehrt zugelassen. In den §§ 1187—1189 sind die Sicherungshypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber und aus Orderpapieren, im § 1190 die Maximal- (Ultimat-, Kautions-) Hypotheken geregelt.

2. **Der Begriff der Sicherungshypothek und ihre Verschiedenheit von der Verkehrshypothek** ist S. 509 f. Vorbm. 2b bereits im allgemeinen erörtert.

3. Außer den §§ 1187—1190 enthalten einige andere Reichsgesetze **Sondervorschriften für einzelne Arten von Sicherungshypotheken.**

a) Nach dem FGG. § 54 ist das Vormundschaftsgericht befugt, das Grundbuchamt um die Eintragung einer **Sicherungshypothek an Grundstücken des Vormundes, des Pflegers oder des Beistandes** zu ersuchen, wenn nach dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Vormund, der Pfleger oder der Beistand zur Sicherheitsleistung angehalten werden kann. Diese Voraussetzungen ergeben sich aus § 1844 in Verbindung mit §§ 1693, 1915 (Bd. IV Erl. zu § 1844, Erl. 2b zu § 1693, Erl. zu § 1915). Für diese Sicherungshypothek gilt das Besondere, daß sie mit der Eintragung auf Grund des Ersuchens

entsteht, ohne daß es der regelmäßig erforderlichen Einigung bedarf (FGG. § 54 Abs. 1 Satz 3). Im übrigen unterliegt sie den allgemeinen Vorschriften über die Sicherungshypothek. Für die Änderung und Aufhebung jener Hypothek gilt nur das Besondere, daß der Mündel während der Dauer der Vormundschaft durch das Vormundschaftsgericht vertreten werden kann und keines Pflegers bedarf (Bd. IV Erl. 7, 9 zu § 1844, vgl. auch ebd. Erl. 4 zu § 1668; Achilles-Strecker, GBO. S. 264f. Erl. 1c zu § 39; abw. Oberneck I S. 1002, der ein Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um Eintragung eines Verzichts für zulässig hält).

b) **Die Sicherungshypotheken für die Forderungen gegen den Ersteher** eines versteigerten Grundstücks auf Zahlung des Erlöses (ZVG. §§ 118, 125, 128, 130) entstehen ebenfalls mit der Eintragung auf Grund des Ersuchens des Vollstreckungsgerichts (das. § 128 Abs. 3 Satz 1). Bei der Eintragung soll im Grundbuch ersichtlich gemacht werden, daß sie auf Grund eines Zwangsversteigerungsverfahrens erfolgt ist (das. § 130 Abs. 1 Satz 2). Diese Vorschrift wird durch die für diese Sicherungshypotheken bestehenden weiteren Besonderheiten erklärt. Der Anspruch aus der Sicherungshypothek ist nämlich gegen den Ersteher und jeden späteren Eigentümer vollstreckbar (ZVG. § 132 Abs. 1 Satz 1; Ausn. das. Satz 2). Der zur Deckung der Hypothek erforderliche Betrag ist bei einer neuen Versteigerung des Grundstücks bar zu berichtigen, auch wenn die Hypothek in das geringste Gebot fallen sollte (das. § 128 Abs. 4). Vereinigt sich später die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, so kann sie nicht zum Nachteil eines bei der Zwangsversteigerung bestehen gebliebenen Rechtes oder der übrigen Sicherungshypotheken für die Forderungen gegen den Ersteher geltend gemacht werden (das. Abs. 3 Satz 2). Hinter diese Rechte treten schließlich die Sicherungshypotheken für die im ZVG. § 129 angeführten Ansprüche (auf Ersatz von Ausgaben eines die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubigers gemäß § 10 Nr. 1, auf Liedlohn, auf Entrichtung der laufenden und aus den letzten zwei Jahren rückständigen wiederkehrenden Leistungen aus Rechten an dem Grundstück und auf Ersatz der Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung) dann zurück, wenn nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach der Eintragung derjenige, welchem die Hypothek zusteht, die Zwangsversteigerung des Grundstücks beantragt (ZVG. § 129). Von diesen Besonderheiten abgesehen, gelten auch für diese Sicherungshypotheken die Vorschriften des BGB. (vgl. Fischer u. Schaefer S. 438ff. die Erl. zu §§ 128, 129, S. 446f. Erl. 3d zu § 130).

c) Für die **Sicherungshypotheken**, welche auf Grund der durch das EG. Art. 91 aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften **zugunsten des Fiskus, einer Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes oder einer unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehenden Stiftung** eingetragen werden, gilt nur die Besonderheit, daß sie ohne Einigung durch die Eintragung auf Grund des Ersuchens der zuständigen Behörde entstehen (vgl. Bd. VI S. 206f. die Erl. zu Art. 91, insbes. Erl. 3).

d) Von großer Bedeutung sind die durch die CPO. §§ 866—868, 932 geregelten **Zwangs- und Arresthypotheken**, welche, wie die vorgenannten Hypotheken (a—c), nur als Sicherungshypotheken zugelassen sind. Sie entstehen ebenfalls ohne Einigung mit der Eintragung in das Grundbuch. Diese erfolgt auf formlosen Antrag des Gläubigers auf Grund eines gegen den Eigentümer vollstreckbaren Schuldtitels wegen einer Geldforderung, deren Betrag dreihundert Mark übersteigt. Ein vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel genügt; auf Grund desselben wird, anders als nach dem preußischen Rechte, nicht eine Vormerkung, sondern eine Sicherungshypothek eingetragen (vgl. für die Übergangszeit Bd. VI S. 384 Erl. 1c zu Art. 192). Auf Grund eines Vollstreckungsbefehls ist jedoch die Eintragung einer Sicherungshypothek unzulässig. Auf die Berechnung des Betrags von dreihundert Mark kommen die Vorschriften der CPO. §§ 4, 5 zur entsprechenden Anwendung. An diese Bestimmung knüpfen sich verschiedene Streitfragen. Nach der von der Meinung des Bayer. ObLG. 1 S. 294, 2 S. 536 abweichenden Ansicht des Kammergerichts (KG. 20 S. A 113, RJA. 1 S. 33, Rspr. 3 S. 15; s. auch Rspr. 4 S. 493) kann eine dreihundert Mark nicht übersteigende Kostenforderung nur gleichzeitig mit der Hauptforderung, sofern deren Betrag mehr als dreihundert Mark beträgt, als eine Hypothek, nicht dagegen nach dieser als selbständige neue Hypothek eingetragen werden. Nach der auch von dem RG. 48 S. 242 gebilligten herrschenden Ansicht findet der § 5 der CPO. nur auf mehrere in demselben Schuldtitel enthaltene Forderungen Anwendung, so daß eine Zusammenrechnung der Forderungen aus verschiedenen Schuldtiteln, deren Eintragung gleichzeitig beantragt wird, unzulässig ist, der Gläubiger also die Eintragung mehrerer vollstreckbarer Forderungen, deren jede dreihundert Mark nicht übersteigt, nicht durch deren Zusammenfassung in einem Eintragungsantrag erreichen kann. Das Erfordernis eines Betrags von mehr als dreihundert Mark gilt, trotzdem die CPO.

§. 1184. Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (Sicherungshypothek).

Die Hypothek muß im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden.

---

§ 932 den § 866 Abs. 3 nicht für anwendbar erklärt, auch für Arresthypotheken (RG. in JW. 1905 S. 296, RG. 20 S. A 115, Rspr. 3 S. 440); bei ihnen ist der in dem Arrestbefehle festzustellende Geldbetrag, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird (CPO. § 923), als der Höchstbetrag der Haftung einzutragen (CPO. § 932 Abs. 1).

Außer den Voraussetzungen der Begründung haben die Zwangs- und Arresthypotheken noch folgende weitere Besonderheiten. Die Eintragung einer **Gesamthypothek** auf den Grundstücken desselben Schuldners ist unzulässig (vgl. S. 567 Erl. 2 zu § 1132). Das Grundstück haftet auch für die dem Schuldner zur Last fallenden **Kosten der Eintragung** (S. 541 Erl. 2 zu § 1118); die Eintragung dieser Kosten ist also unzulässig (vgl. ebd. Erl. 3). Schließlich gibt es, wie oben S. 513 Vorbm. 2e η bereits erwähnt, bei diesen Hypotheken einen besonderen Fall der **Eigentümerhypothek** (CPO. § 868). Danach gehen diese Hypotheken auf den Eigentümer über, wenn durch eine vollstreckbare Entscheidung die Entscheidung, auf Grund deren die Zwangs- oder Arresthypothek eingetragen ist, oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder ihre Einstellung angeordnet ist sowie wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln angeordnet wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt. Hiervon ist auch für die Fälle keine Ausnahme gemacht, in denen die vollstreckbare Entscheidung die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, weil ein vollstreckbarer Schuldtitel oder die sonstigen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nicht vorgelegen haben. Die Vorschrift des § 868 macht demnach für die Zwangs- und Arresthypotheken eine Ausnahme von dem oben S. 635 ff. Erl. 2 zu § 1163 erörterten Satze, daß eine Hypothek nur dann zur Eigentümerhypothek werden kann, wenn die Voraussetzungen für die Entstehung der Hypothek, von der Forderung abgesehen, vorliegen (vgl. **Hachenburg**, Beiträge S. 194 ff., Vorträge S. 639 ff.). Über das Verhältnis dieser Vorschrift zu § 1163 Abs. 1 s. S. 640 Erl. 6 zu § 1163.

Im übrigen sind über die Zwangs- und Arresthypotheken zu vergleichen P. I S. 4971 ff., 4983 ff., 4995 ff., 5390 ff., 6243, 6248; M. III S. 769 ff.; P. II Bd. 3 S. 694 ff.; **Hachenburg**, Beiträge S. 182 ff., Vorträge S. 638 ff.; **Achilles-Strecker** S. 94 ff.; **Fischer u. Schaefer** S. 132 ff.; **Oberneck** I S. 982 ff.; **Turnau-Förster** I S. 841 ff., **Fuchs** S. 627 ff. und die Kommentare zur CPO.; s. auch die Zusammenstellung von Streitfragen im Recht 1904 S. 213 ff.

§ 1184.

E. I §§ 1125, 1126; II § 1092 rev. § 1168; III § 1167. P. I S. 5366 ff., 5373, 6136; M. III S. 619 f., 764 f. P. II Bd. 3 S. 678 ff. D. S. 669.

1. Der Abs. 1 enthält die **Begriffsbestimmung der Sicherungshypothek.** „Das charakteristische Merkmal der Sicherungshypothek liegt darin, daß der gute Glaube des Grundbuchs nicht für die Forderung gilt, für welche die Hypothek bestellt ist. Die Sicherungshypothek ist streng akzessorisch auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber" (P. II Bd. 3 S. 680). Mit dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens steht die Rechtsvermutung des § 891 im Zusammenhange; findet jener bei der Sicherungshypothek auf die Forderung keine Anwendung, so muß auch die Rechtsvermutung für das Bestehen der Forderung fortfallen (M. III S. 764). Diese Sätze sind im Abs. 1 zum Ausdrucke gekommen.

a) **Da die Rechtsvermutung des § 891 für die Forderung außer Anwendung** bleibt, kann der Gläubiger sich, anders als bei der Verkehrshypothek (S. 580 Erl. 3 zu § 1138), zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen; er muß also im Streitfalle die Entstehung der Forderung, wenn er die Hypothek geltend macht, ebenso beweisen, wie wenn er die persönliche Forderung verfolgt. Wie bei der Anstellung der persönlichen Klage, braucht er aber auch bei der Verfolgung des Anspruchs aus der Sicherungshypothek nur die Entstehung, nicht das Fortbestehen der Forderung zu beweisen. Durch § 1184 wird die Beweislast des Gläubigers

nicht etwa im Vergleiche zu den allgemeinen Regeln über die Beweislast erhöht, sondern nur die durch § 1138 in Verb. mit § 891 für die Verkehrshypothek geschaffene Beweiserleichterung beseitigt. Rechtshemmende und rechtsvernichtende Tatsachen hat also auch gegenüber der Klage aus der Sicherungshypothek der Beklagte zu beweisen, soweit ihm nicht die Vermutung aus § 891 Abs. 2 zur Seite steht.

Die Vorschriften des § 891 finden nämlich nur insoweit auf die Sicherungshypothek keine Anwendung, als sie durch § 1138 auf die Forderung erstreckt sind. Von dieser Ausdehnung abgesehen gelten sie auch für Sicherungshypotheken. Auch bei ihnen streitet also die Vermutung für das Bestehen des eingetragenen dinglichen Rechtes und für das Nichtbestehen der gelöschten Sicherungshypothek. Auch daß die Hypothek auf den eingetragenen Berechtigten übergegangen sei und nicht etwa einem anderen Gläubiger zustehe, wird vermutet. Wenn Boehm S. 280 II letzteres bestreitet und dem Erwerber einer Sicherungshypothek den Beweis aufbürdet, daß das persönliche Forderungsrecht auf ihn übergegangen sei, so widerspricht das der Vorschrift des § 1184. Nur daß die Forderung entstanden ist, kann der Eigentümer einfach bestreiten und dadurch den Gläubiger, selbst wenn dieser ein gutgläubiger Erwerber der Hypothek ist, zum Beweise zwingen. Bestreitet er dagegen nicht die Entstehung, sondern nur die Übertragung des Forderungsrechts auf den jetzt eingetragenen Berechtigten, so muß er die Unrichtigkeit von dessen Eintragung beweisen. Die Übertragung des Forderungsrechts ist auch für die Sicherungshypothek an die Eintragung in das Grundbuch geknüpft und dadurch der Rechtsvermutung des § 891 unterstellt.

b) Durch den Satz, daß sich das Recht des Gläubigers aus der Hypothek nur nach der Forderung bestimmt, ist **die streng akzessorische Natur der Sicherungshypothek** zum Ausdrucke gebracht. Die akzessorische Natur der Verkehrshypothek ist durch die Erstreckung des Grundsatzes des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung eingeschränkt (S. 508 Vorbm. 2a, S. 579ff. Erl. 1, 2, 4, 5 zu § 1138). Dies setzen die §§ 1184, 1185 für die Sicherungshypothek außer Kraft. Praktisch äußert sich die streng akzessorische Natur der Sicherungshypothek namentlich darin, daß der Eigentümer alle (an sich zulässigen, s. S. 578 Erl. 3 zu § 1137) Einwendungen gegen die Forderung, insbesondere auch die nach der Eintragung der Sicherungshypothek entstandenen Einreden nicht nur dem ursprünglichen Gläubiger, sondern auch jedem späteren Erwerber der Hypothek gegenüber geltend machen kann (P. II Bd. 3 S. 680). Wie der Eigentümer auch einem gutgläubigen Erwerber der Sicherungshypothek gegenüber die Forderung bestreiten und ihn zum Beweise des Entstehens der Forderung nötigen kann (Erl. 1a), so kann sich dieser auch nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, wenn der Eigentümer behauptet, daß die Forderung einer der nach § 1137 zulässigen Einreden unterliegt oder daß sie gezahlt oder auf andere Weise erloschen sei. Selbst auf ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner erst nach der Abtretung, aber vor Erlangung der Kenntnis von der Abtretung mit dem bisherigen Gläubiger vorgenommen hat, und auf einen sonstigen Vorgang, der sich in der Zwischenzeit ereignet hat, kann der Eigentümer gemäß §§ 406—408 eine Einwendung gegen den neuen Gläubiger stützen (s. Erl. 1e zu § 1185).

Aber auch diese Abweichung von der Verkehrshypothek gilt nur hinsichtlich der Forderung. Das dingliche Recht steht auch bei der Sicherungshypothek unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Einem gutgläubigen Erwerber der Hypothek können demnach Einwendungen gegen die gehörige Bestellung des dinglichen Rechtes, gegen das Vorhandensein und die Gültigkeit der Einigung zwischen dem Hypothekbesteller und dem ersten Gläubiger und gegen die Legitimation des ersteren sowie Einwendungen gegen den Übergang der Forderung auf den eingetragenen Berechtigten nicht entgegengehalten werden, sofern sie nicht aus dem Grundbuch erhellen. Auch die im § 1157 angeführten Einreden, welche dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses zustehen (S. 624f. Erl. 1, 2 zu § 1157), sind, da sie nicht gegen die Forderung, sondern gegen das dingliche Recht sich richten, bei der Sicherungshypothek nur in demselben Umfange zulässig, wie bei der Verkehrshypothek; der § 1157 Satz 2 ist im § 1185 Abs. 2 nicht für unanwendbar erklärt (Hachenburg, Vorträge S. 555f., 563f.).

2. Durch § 1184 Abs. 1 ist ferner die **Zulässigkeit der Sicherungshypothek** geregelt. Dadurch daß die Bestellung einer Hypothek in der im Abs. 1 angegebenen Weise ohne weitere Beschränkung zugelassen ist, wird zum Ausdrucke gebracht, daß die Beteiligten, auch wenn die Voraussetzungen der Verkehrshypothek gegeben sind, eine Sicherungshypothek bestellen können. Sie haben also zwischen den beiden Formen die Wahl. In einigen Fällen ist aber nur eine

Sicherungshypothek zulässig und eine Verkehrshypothek ausgeschlossen (s. oben S. 509 f. Vorbm. 2b und unten Erl. 3a).

3. Zur Begründung der Sicherungshypothek bedarf es regelmäßig neben den Vorbedingungen für die Entstehung einer Verkehrshypothek (S. 518 Vorbm. 4a, S. 528 ff. Erl. zu § 1115) der Einigung des Hypothekbestellers und des Gläubigers, daß die Hypothek eine Sicherungshypothek sein solle, und der Bezeichnung der Hypothek als Sicherungshypothek im Grundbuche.

a) Hinsichtlich der Einigung wird in den M. III S. 764 hervorgehoben, daß die Absicht der Vertragschließenden, eine Sicherungshypothek zu schaffen, außer Zweifel gestellt sein muß, daß aber der Gebrauch des Wortes „Sicherungshypothek" nicht erforderlich ist. Der Hypothekbesteller und der Gläubiger müssen darüber einig sein, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich nicht auf die Forderung erstrecken soll, daß dem Eigentümer alle die Forderung betreffenden Einwendungen gegen jeden Erwerber zustehen sollen. Sind die Parteien nicht darüber einig, ob eine Sicherungshypothek oder eine Verkehrshypothek bestellt werden soll, so entsteht die Hypothek überhaupt nicht.

Natürlich bedarf es dieser Einigung nicht in den Ausnahmefällen, in denen zu der Entstehung der Sicherungshypothek eine Einigung überhaupt nicht vorgeschrieben ist. In diesen oben S. 518 Vorbm. 4a erwähnten Fällen (s. auch S. 691 f. Vorbm. 3 zu §§ 1184—1190) ist die Hypothek nur als Sicherungshypothek zugelassen (S. 510 Vorbm. 2b). Nicht dasselbe gilt in dem Falle des § 648. Wenn auch auf Grund dieser Vorschrift der Bauunternehmer nur die Eintragung einer Sicherungshypothek fordern kann, so steht doch nichts entgegen, daß der Besteller ihm an dem Baugrundstück eine Verkehrshypothek für die Baugeldforderung bestellt; der Bauunternehmer hat nur auf diese keinen gesetzlichen Anspruch. Bei einer Bestellung der Baugelderhypothek bedarf es daher der Einigung über die Natur der Hypothek als Sicherungshypothek.

Soweit zu der Begründung der Sicherungshypothek die erwähnte Einigung erforderlich ist, muß auch das Urteil, durch welches eine zu der Einigung erforderliche Erklärung ersetzt wird, auf Bestellung einer Sicherungshypothek lauten. Ist der Eigentümer schlechthin zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek verurteilt, so ist nur die Eintragung einer Verkehrshypothek zulässig (S. 535 Erl. 1 zu § 1116).

b) Die Bezeichnung der Hypothek als Sicherungshypothek im Grundbuch ist im Abs. 2 ausdrücklich für erforderlich erklärt, „um Täuschungen über den Inhalt des eingetragenen Rechtes zu verhüten" (M. III S. 765), um jedem Erwerber der Hypothek oder eines Rechtes an ihr keinen Zweifel darüber zu lassen, daß er sich hinsichtlich der Forderung nicht auf die Vorschriften der §§ 891 ff. berufen kann. Unterbleibt die Bezeichnung im Grundbuch im Widerspruche mit der Einigung der Parteien, so ist überhaupt keine Hypothek entstanden, eine Verkehrshypothek nicht, weil diese der Einigung widerspricht, und eine Sicherungshypothek nicht, weil die Bezeichnung im Grundbuche fehlt (a. M. Gierke, Deutsches Privatr. II S. 898 § 163 Anm. 3, nach dem trotzdem eine Sicherungshypothek entstanden ist). Das Grundbuch ist unrichtig und unterliegt dem Berichtigungsverfahren. Zugunsten eines gutgläubigen Dritten, welchem der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite steht, gilt die Hypothek aber als eine Verkehrshypothek; sie wird zu dieser, wenn sie auf einen solchen Dritten übergeht (vgl. M. III S. 765).

Auch dieses Erfordernis gilt nicht ausnahmslos, wie oben S. 509 f. Vorbm. 2b bereits erwähnt (vgl. Erl. 3b zu § 1187, Erl. 2c zu § 1190).

c) Ohne jede Eintragung und Einigung entsteht die Sicherungshypothek in den Fällen des § 1287 Satz 2 und der CPO. § 848 Abs. 2 Satz 2. Der Gläubiger, dem ein vertragsmäßiges oder ein Pfändungspfandrecht an einer Forderung auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke zusteht, erlangt mit dem Übergange des Eigentums an den Schuldner, also mit dessen Eintragung in das Grundbuch, eine Sicherungshypothek für seine Forderung. Wird diese in das Grundbuch eingetragen, so ist sie zwar als Sicherungshypothek zu bezeichnen. Aber sie entsteht als solche schon mit dem Eigentumsübergange, wenn sie auch noch nicht eingetragen ist und überhaupt nicht eingetragen wird, und ist auch eine Sicherungshypothek, wenn sie versehentlich nicht als solche bezeichnet werden sollte (vgl. die Erl. zu § 1287).

4. Übergangsbestimmung. Die zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsgrundbuchrechts bestehenden Hypotheken gelten als Sicherungshypotheken, wenn der Betrag der Forderung, für die das Pfandrecht besteht, nicht bestimmt ist. Andere Hypotheken können durch die Landesgesetzgebung für Sicherungshypotheken erklärt werden (vgl. Bd. VI S. 382 Vorbm. 2a zu Art. 192 bis 195, S. 388 Erl. 4b zu Art. 192, S. 392 f. Erl. zu Art. 193).

§. 1185. Bei der Sicherungshypothek ist die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen.

Die Vorschriften der §§. 1138, 1139, 1141, 1156 finden keine Anwendung.

---

§ 1185.

E. I §§ 1127, 1128; II § 1093 rev. § 1169; III § 1168. P. I S. 5371 ff., 6267, 6272; M. III S. 765 f. P. II Bd. 3 S. 682 ff. D. S. 669.

1. Die Sicherungshypothek unterliegt im allgemeinen den Vorschriften über die gewöhnliche Hypothek (Verkehrshypothek). Dies war im E. I § 1125 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen. Das Gesetz enthält einen derartigen selbstverständlichen Satz nicht, sondern hebt nur die **Abweichungen von der gewöhnlichen Hypothek** hervor.

a) Während die Verkehrshypothek eine Briefhypothek ist, wenn nicht die Erteilung des Briefes durch Einigung des Gläubigers und des Eigentümers und durch Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen wird (§ 1116), ist **die Sicherungshypothek stets eine Buchhypothek** (§ 1185 Abs. 1). Auch durch Einigung und Eintragung kann sie nicht zur Briefhypothek werden. Wird ein Brief erteilt, so ist er ohne jede rechtliche Bedeutung. Der Vermerk, daß die Erteilung des Briefes ausgeschlossen sei, ist überflüssig; dies erhellt ohne weiteres aus der im § 1184 Abs. 2 vorgeschriebenen Bezeichnung der Hypothek als Sicherungshypothek und in den Ausnahmefällen der §§ 1187, 1190 aus der aus dem Grundbuch ersichtlichen Natur der zugrunde liegenden Forderung bzw. der Angabe des Höchstbetrags der Haftung des Grundstücks und gilt deshalb auch jedem Dritten gegenüber, selbst wenn er wegen des Vorhandenseins eines Briefes die Post für eine Briefhypothek hält. Soll eine Sicherungshypothek nachträglich in eine Briefhypothek verwandelt werden, so bedarf es ihrer Umwandelung in eine Verkehrshypothek gemäß § 1186 (S. 536 Erl. 2 zu § 1116).

Die Unzulässigkeit der Bildung eines Hypothekenbriefs bei der Sicherungshypothek erklärt sich aus dem Zwecke des Briefes und der Natur dieser Hypothek. Das Institut des Hypothekenbriefs bezweckt die Erleichterung des Verkehrs mit den Hypotheken; die Sicherungshypothek ist aber bei ihrem streng akzessorischen Charakter nicht für den Verkehr bestimmt (M. III S. 765).

Aus der Bestimmung des Abs. 1 folgt die Unanwendbarkeit aller derjenigen Vorschriften, welche sich auf den Hypothekenbrief beziehen oder einen Brief voraussetzen. Dahin gehören die §§ 1116, 1117, 1140 (vgl. § 1157 Satz 2), der § 1144 (vgl. §§ 1150, 1167), soweit er die Verpflichtung zur Aushändigung des Hypothekenbriefs ausspricht, der § 1145 (vgl. §§ 1150, 1167, § 1168 Abs. 3), § 1152, § 1154 Abs. 1, 2, §§ 1155, 1160, 1161, 1162, § 1163 Abs. 2, § 1170 Abs. 2 Satz 2, § 1171 Abs. 2 Satz 2.

b) Unanwendbar ist ferner **die Bestimmung des § 1138, nach welcher die Vorschriften der §§ 891—899 für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden gelten.** Dies folgt aus dem Begriffe der Sicherungshypothek und ist bezüglich der §§ 891, 892 S. 693 f. Erl. 1 zu § 1184 bereits erörtert. Da der Eigentümer die Einwendungen gegen die Forderung und die sonstigen im § 1137 erwähnten Einreden nach § 1184 jedem dritten Erwerber entgegenhalten darf, ohne daß dieser sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann, ist deren Eintragung in das Grundbuch überflüssig; dadurch rechtfertigt sich die Unanwendbarkeit der §§ 894—899 bezüglich dieser Einwendungen (vgl. S. 581 Erl. 4 zu § 1138). Dies gilt insbesondere auch von den Einwendungen, welche sich auf den Betrag der Forderung, den Zinssatz und den Geldbetrag anderer Nebenleistungen (§ 1115 Abs. 1) beziehen. Anwendbar bleiben dagegen auch die §§ 894—899, soweit das dingliche Recht, nicht die zugrunde liegende Forderung in Frage kommt. Auch bei der Sicherungshypothek steht also dem Eigentümer oder einem gleich- oder nachstehenden Berechtigten ein Berichtigungsanspruch zu, der durch die Eintragung eines Widerspruchs gesichert werden kann, wenn die Hypothek nicht rechtsgültig entstanden ist, z. B. weil die Einigung nichtig oder anfechtbar ist oder weil der Hypothekbesteller nicht der Eigentümer des Grundstücks war. Auch wenn der als Gläubiger Eingetragene nicht der wirkliche Berechtigte ist, kann der richtige Gläubiger seine Eintragung im Berichtigungsverfahren erwirken. Letzteres ist auch hinsichtlich der im § 1157 angeführten Einreden zulässig (S. 694 Erl. 1 b zu § 1184).

Zweifelhaft ist, inwieweit durch die Vorschrift des § 1185 Abs. 2 die Bestimmung des § 893 ihre Bedeutung für die Sicherungshypothek verliert. Nach Biermann S. 406 Erl. 2a, Oberneck I S. 952 soll eine Leistung an den im Grundbuch als Gläubiger Eingetragenen den Eigentümer nur dann befreien, wenn der Eingetragene auch wirklich der Gläubiger ist, und nur

unter derselben Voraussetzung ein mit dem Eingetragenen in Ansehung der Forderung abgeschlossenes Rechtsgeschäft gültig sein. Nach dem S. 693f. Erl. 1a, 1b zu § 1184 Gesagten dürfte es richtiger sein, dem Eigentümer in diesen Fällen den Schutz des öffentlichen Glaubens zuzubilligen, da die Übertragung der Sicherungshypothek an die Eintragung in das Grundbuch geknüpft und damit sachenrechtlichen Normen unterstellt ist. Ebenso muß auf Grund des § 893 der wirkliche Eigentümer ein zwischen dem Bucheigentümer und dem Hypothekengläubiger vorgenommenes Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen, aber nur wenn es sich auf das dingliche Recht bezieht; zu Rechtsgeschäften, welche die Forderung betreffen, auch z. B. zu einer Kündigung (s. Erl. d), ist nicht der Eigentümer, sondern nur der persönliche Schuldner legitimiert, und daß dieser mit dem Bucheigentümer identisch ist, wird durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht gewährleistet (vgl. **Fuchs** S. 595f. Erl. 4; **Quandt** a. a. O. S. 111).

c) Die Unanwendbarkeit des § 1139, welcher **die Eintragung eines Widerspruchs wegen Nichtauszahlung der Darlehnsvaluta** erleichtert und diesen mit rückwirkender Kraft ausstattet, erklärt sich aus dem Zwecke dieser Vorschrift, den Eigentümer gegen die Gefahren zu schützen, welche durch die Abtretung der Darlehnshypothek an einen gutgläubigen Erwerber erwachsen, und dem Ausschlusse des öffentlichen Glaubens hinsichtlich dieser Einwendung bei der Sicherungshypothek (vgl. S. 583ff. Erl. 1, 5 zu § 1139). Auch ohne Widerspruch kann der Eigentümer jedem Erwerber der Darlehnshypothek gegenüber die Auszahlung der Valuta bestreiten.

d) Die Vorschrift des § 1141, nach welcher eine **Kündigung der Hypothekenforderung** für die Verkehrshypothek nur wirksam ist, wenn sie von dem Gläubiger dem Eigentümer oder von dem Eigentümer dem Gläubiger erklärt wird, steht, wie S. 585f. Erl. 1 zu § 1141 erörtert, mit der akzessorischen Natur der Hypothek im Widerspruch und ist daher auf die streng akzessorische Sicherungshypothek unanwendbar (M. III S. 765f.; P. II Bd. 3 S. 683f.). Bei dieser ist die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs schlechthin von der Fälligkeit der Forderung abhängig. Die Kündigung kann daher nur von dem Gläubiger an den persönlichen Schuldner oder von diesem an jenen erklärt werden. Der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer muß diese Kündigung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihm nicht angezeigt ist (vgl. P. II a. a. O. und über die daselbst erörterte Anwendbarkeit des § 93 der CPO., wenn der Eigentümer vor der Erhebung der dinglichen Klage keine Kenntnis von der Fälligkeit erlangt hatte, oben S. 600f. Erl. 2d zu § 1147). Der Eigentümer als solcher ist weder zur Erklärung noch zur Empfangnahme der Kündigung befugt. Infolgedessen ist auch die Rechtsvermutung des § 1141 Abs. 1 Satz 2, nach welcher für die Kündigung der als Eigentümer Eingetragene zugunsten des Gläubigers als Eigentümer gilt (S. 586 Erl. 2 zu § 1141), hier unanwendbar (s. Erl. b a. E.). Befindet sich der Gläubiger über die Person des persönlichen Schuldners in Unkenntnis oder ist dessen Aufenthalt unbekannt, so findet nicht § 1141 Abs. 2, sondern § 132 Abs. 2 Anwendung (S. 587 Erl. 5 zu § 1141). Dagegen gilt das S. 586f. Erl. 3 zu § 1141 Gesagte auch für die Sicherungshypothek und auch hinsichtlich der Wirkung der Kündigung gegen einen Rechtsnachfolger des Eigentümers oder des Gläubigers (ebd. Erl. 4) besteht kein Unterschied gegenüber der Verkehrshypothek.

e) Nach § 1156 Satz 1 finden **die für die Übertragung der Forderung geltenden Vorschriften der §§ 406—408** auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Verkehrshypothek keine Anwendung. Dadurch ist im Interesse des Realkredits, welches einen stärkeren Schutz des Erwerbers der Hypothek erfordert, dem Eigentümer dem Erwerber einer Sicherungshypothek gegenüber die Berufung auf Vorgänge abgeschnitten, welche sich zwischen ihm oder dem persönlichen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger nach der Übertragung der Hypothek, aber vor der Erlangung der Kenntnis von dieser durch den Eigentümer oder Schuldner ereignet haben (S. 622 Erl. 1 zu § 1156). Dies ändert der § 1185 Abs. 2 für die Sicherungshypothek, obwohl auch deren Übertragung an die Eintragung in das Grundbuch geknüpft ist und deshalb sofort als bekannt gelten könnte, mit Rücksicht auf die rein akzessorische Natur dieser Hypothek und auf Grund der Erwägung, daß in der Sicherungshypothek dem Schuldner gerade eine Rechtsform geboten werden solle, die ihn vor den mit der Verkehrshypothek verbundenen Gefahren und Nachteilen schütze und es ihm vor allem ermögliche, an den bisherigen Gläubiger wirksam Kapitalzahlungen zu leisten, solange er von der Abtretung keine Kenntnis habe (P. II Bd. 3 S. 682f.). Die §§ 406—408 finden demnach nicht nur auf das Rechtsverhältnis zwischen dem neuen Gläubiger und dem persönlichen Schuldner in Ansehung des Schuldverhältnisses, sondern auch auf das Verhältnis zwischen jenem und dem Eigentümer in Ansehung der Sicherungshypothek Anwendung. Der Inhalt der §§ 406—408 ergibt sich aus

§. 1186. Eine Sicherungshypothek kann in eine gewöhnliche Hypothek, eine gewöhnliche Hypothek kann in eine Sicherungshypothek umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich.

Erl. 3 zu § 1156 (S. 623f.). Das dort hinsichtlich der persönlichen Klage Gesagte gilt hier auch für den dinglichen Anspruch.

f) Schließlich enthält noch § 238 Abs. 2 eine Sondervorschrift für die durch eine Sicherungshypothek gesicherte Forderung, indem er diese für **nicht geeignet zur Sicherheitsleistung** erklärt. Auch dieser Satz beruht auf dem Ausschlusse des Grundsatzes des öffentlichen Glaubens hinsichtlich dieser Forderung (Bd. I S. 390 Erl. 1 zu § 238).

2. **Einzelne anwendbare Vorschriften.** Von den in Erl. 1 aufgeführten Bestimmungen abgesehen gelten die Vorschriften über die Verkehrshypothek auch für die Sicherungshypothek, soweit nicht für einzelne Arten Ausnahmebestimmungen getroffen sind. In den Entwürfen waren noch einige andere Abweichungen bestimmt; diese sind aber nicht in das BGB. übernommen.

a) **Form der Abtretung.** Nach dem E. II § 1093 rev. § 1169 Abs. 2 sollte auch die Vorschrift des BGB. § 1154 Abs. 3 auf die Sicherungshypothek keine Anwendung finden, die Abtretung der durch eine Sicherungshypothek gesicherten Forderung also nach den allgemeinen Grundsätzen über die Abtretung von Forderungen ohne Eintragung erfolgen. Das BGB. macht von der Regel des § 1154 Abs. 3 nur für die Sicherungshypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder aus Orderpapieren (§ 1187 Satz 3) und für die Abtretung der durch eine Maximalhypothek gesicherten Forderung ohne die Hypothek (§ 1190 Abs. 4) Ausnahmen. Sonst bedarf es zu der Abtretung der Sicherungshypothek der Einigung und der Eintragung (S. 611, 615 Erl. 1, 2, 5 zu § 1154).

b) Der E. II § 1094 rev. § 1170 ließ die **Ausschließung des Überganges der Sicherungshypothek bei der Übertragung der Forderung** zu und legte derselben die Wirkung eines Verzichts auf die Hypothek bei (P. II Bd. 3 S. 685, 688). Nach dem BGB. gilt dagegen die Regel des § 1153 Abs. 2 auch für die Sicherungshypothek, mit einziger Ausnahme der Maximalhypothek (§ 1190 Abs. 4; vgl. S. 610 Erl. 2a, 3a zu § 1153 und Erl. 3b zu § 1190).

c) Besonders hervorzuheben ist, daß die die **Eigentümerhypothek** regelnden Vorschriften auf die Sicherungshypothek wie auf die Verkehrs-Buchhypothek ausnahmslos, insbesondere auch auf die Maximalhypothek (Erl. 4 zu § 1190), zur Anwendung kommen. Ein Antrag, diese Vorschriften und die Bestimmungen, welche den **Übergang der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden persönlichen Schuldner** regeln, von der Anwendung auszuschließen, ist von der zweiten Kommission abgelehnt (vgl. M. III S. 766; P. II Bd. 3 S. 685ff.). Demnach gelten für alle Arten der Sicherungshypotheken § 1143, § 1163 Abs. 1, §§ 1164—1167, § 1168 Abs. 1, 2, §§ 1169—1179. Für die Zwangs- und Arresthypotheken tritt die Sonderbestimmung des § 868 der CPO. hinzu (vgl. S. 693 Vorbm. 3d vor § 1184).

3. Über die **Besonderheiten einzelner Arten der Sicherungshypotheken** vgl. S. 691ff. Vorbm. 3 zu §§ 1184—1190 und die Erl. zu §§ 1187—1190.

§ 1186.

E. I § 1134; II § 1095 rev. § 1171; III § 1169. P. I S. 5383ff., 6243, 6248, 11974; M. III S. 776f. P. II Bd. 3 S. 692ff.; Bd. 4 S. 586f.

1. **Umwandelung der Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek und umgekehrt.** Die Vorschrift des § 1186 Satz 1 stimmt mit dem preußischen Rechte (Achilles 4. Aufl. S. 165 Erl. 4 zu § 24 des Eig.Erw.Ges.) und dem E. I § 1134 Satz 1 insoweit überein, als sie die Umwandelung der Kautionshypothek und jeder anderen Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek zuläßt. Neu ist dagegen die Bestimmung, daß auch die letztere in die erstere umgewandelt werden darf; der E. I enthielt eine solche Vorschrift nicht, weil ein praktisches Bedürfnis anscheinend nirgends hervorgetreten sei (M. III S. 776). Die Sicherungshypothek kann sowohl in eine Verkehrsbuchhypothek als auch in eine Briefhypothek verwandelt werden.

Aus den §§ 1198, 1203 ergibt sich ferner, daß die Sicherungshypothek, auch ohne vorherige Umschreibung in eine Verkehrshypothek, in eine Grundschuld oder Rentenschuld und ebenso diese in jene verwandelt werden kann.

Außerdem findet auch § 1180 auf die Sicherungshypothek Anwendung. Demnach kann an die Stelle der durch eine solche Hypothek gesicherten Forderung eine andere gesetzt werden;

dies ist sowohl bei der Umwandelung der Sicherungshypothek in eine Verkehrshypthek als auch ohne Änderung der Natur der Sicherungshypothek zulässig.

2. Voraussetzungen der Umwandelung. Die im § 1186 erwähnten Umwandelungen stellen sich begrifflich als Änderungen des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstück im Sinne des § 877 dar (S. 97 Erl. zu § 877; P. II Bd. 4 S. 587). Auf sie finden daher die Vorschriften der §§ 873, 874, 876, 878 Anwendung. Demnach sind Voraussetzungen der Umwandelung die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers, die Zustimmung des Dritten, welchem ein Recht an der Hypothek zusteht, und die Eintragung der Umwandelung in das Grundbuch. Die Einigung bedarf keiner Form; sie ist aber vor der Eintragung nur bindend, wenn eine der im § 873 Abs. 2 vorgeschriebenen Formen beobachtet ist. Die zu der Einigung erforderlichen Erklärungen werden nicht dadurch unwirksam, daß der Erklärende in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt ist (§ 878). Die Zustimmung des Dritten ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. Falls gleichzeitig an Stelle der bisher gesicherten Forderung eine andere gesetzt wird, bedarf es außer den erwähnten Erfordernissen, insbesondere der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger der neuen Forderung, der Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers gemäß § 1180 Abs. 2 (vgl. S. 682f. Erl. 3 zu § 1180, S. 83ff. Erl. II—IV zu § 873, S. 95f. Erl. 1—5 zu § 876, S. 98f. Erl. 1—5 zu § 878).

Nicht erforderlich ist die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten (§ 1186 Satz 2). Hierin weicht das BGB. von dem E. I § 1134 Satz 2 ab, der einen zwischen dem Gläubiger, dem Eigentümer und jenen Berechtigten zu schließenden Vertrag erforderte. Die Abweichung ist durch die Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek gerechtfertigt. Da nach den auch für die Sicherungshypothek geltenden Vorschriften des § 1163 Abs. 1 die gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht aufrücken, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht besteht oder erlischt, so werden ihre Rechte nicht geschmälert, wenn die Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek oder diese in jene umgewandelt wird; ihre Rechte werden durch die Verkehrshypothek nicht mehr und nicht weniger als durch die Sicherungshypothek betroffen (vgl. P. II Bd. 3 S. 693).

Nicht erforderlich ist ferner die Zustimmung des persönlichen Schuldners und des Hypothekbestellers, falls diese nicht mit dem Eigentümer des Grundstücks zur Zeit der Eintragung der Umwandelung identisch sind. Dies gilt, abweichend von dem bisherigen preußischen Rechte (Achilles 4. Aufl. S. 165 Erl. 4 zu § 24 des EigErwGes.), insbesondere auch von der Maximalhypothek (RG. 25 S. A 173; Predari S. 221f., Maenner S. 280 Anm. 15; a. M. Hachenburg, Vorträge S. 599; s. auch Erl. 6 zu § 1190). Durch die Feststellung des Betrags der Forderung, durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer wird die Verbindlichkeit des persönlichen Schuldners nicht berührt. Allerdings wird durch die Umwandelung der Maximalhypothek in eine Verkehrshypothek auch die Forderung unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gestellt, aber nur in Ansehung der Hypothek; auf das persönliche Schuldverhältnis erstreckt sich der Grundsatz des öffentlichen Glaubens nicht (S. 579 Erl. 2 zu § 1138, S. 622 Erl. 2 zu § 1156). Dem persönlichen Schuldner bleiben also alle Einwendungen gegen die persönliche Forderung erhalten. Sein Verhältnis zu dem Eigentümer des belasteten Grundstücks ist ähnlich dem des Hauptschuldners zu dem Bürgen (S. 578f. Erl. 3—5 zu § 1137, S. 589 Erl. 1 zu § 1143) oder dem Verhältnisse mehrerer Gesamtschuldner zu einander (S. 585f. Erl. 1 zu § 1141). Ebensowenig wie ein Vertrag, den der Bürge oder ein Gesamtschuldner mit dem Gläubiger in bezug auf das Schuldverhältnis schließt, die Rechte des Hauptschuldners bzw. des anderen Gesamtschuldners beeinträchtigt, berührt die Einigung zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer die Rechte des persönlichen Schuldners.

3. Die Wirkungen der Umwandelung der Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek oder dieser in jene ergeben sich von selbst. Die bisherige Sicherungshypothek wird durch die Einigung, die etwa erforderliche Zustimmung und die Eintragung zu einer Verkehrshypothek, und zwar zur Briefhypothek, wenn nicht der Gläubiger und der Eigentümer die Ausschließung der Erteilung des Briefes vereinbaren und der entsprechende Vermerk in das Grundbuch eingetragen wird (S. 536 Erl. 2 zu § 1116); die Hypothek untersteht von jetzt ab den Vorschriften der §§ 1113—1188. Umgekehrt wird die bisherige Verkehrshypothek, auch wenn die Erteilung des Briefes nicht ausgeschlossen war, durch die Umwandelung zu einer Buchhypothek (S. 535 Erl. 1

§. 1187. Für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, kann nur eine Sicherungshypothek bestellt werden. Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist. Die Vorschrift des §. 1154 Abs. 3 findet keine Anwendung.

---

zu § 1116), da sie dadurch für die Zukunft den Ausnahmebestimmungen der §§ 1184, 1185 unterstellt wird. Ob in der Umwandelung ein Verzicht des Eigentümers auf vorher begründete Einwendungen zu finden ist, bestimmt sich nach dem Inhalte des Vertrags zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer.

4. Gleichzeitig mit der Umwandelung kann auch ohne weitere als die in Erl. 2 erwähnten Voraussetzungen eine **Erhöhung des Zinsfußes** oder an Stelle der bisherigen Unverzinslichkeit ein Zinssatz bis zu fünf vom Hundert gemäß § 1119 Abs. 1 eingetragen werden. Dies gilt insbesondere auch bei der Maximalhypothek trotz der Vorschrift des § 1190 Abs. 2. Letztere besagt nur, daß der Gläubiger seine Forderung einschließlich der Zinsen nur in Höhe des eingetragenen Höchstbetrags geltend machen kann, wenn nur dieser in das Grundbuch eingetragen ist. Sie will nur die Haftung des Grundstücks fest begrenzen, solange die Hypothek eine Maximalhypothek ist, und hat mit der obigen Frage der Anwendbarkeit des § 1119 Abs. 1 auf die Maximalhypothek bei deren Umwandelung in eine Verkehrshypothek nichts zu tun. Diese Frage ist zu bejahen, weil die Eintragung von Zinsen bis zu fünf vom Hundert nach Feststellung des Betrags der Forderung, auch wenn dieser den eingetragenen Höchstbetrag erreicht, unzweifelhaft zulässig ist und es unzweckmäßig wäre, wenn man die Eintragung nicht auch bei der Feststellung und Umwandelung gestatten wollte (P. II Bd. 3 S. 689; RG. in JW. 1905 S. 291; Achilles-Strecker, GBO. S. 89 f.). Hierbei können aber Zinsen nur von dem Tage der Eintragung der Umwandelung an, nicht seit einem früheren Zeitpunkt eingetragen werden (KG. 21 S. A 150, 25 S. A 173).

5. **Eine vertragsmäßige Verpflichtung des Eigentümers,** seine Zustimmung zur Umwandelung einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek zu versagen, hat nur obligatorische Wirkung und ist nicht eintragungsfähig (Rspr. 6 S. 123; s. auch S. 114 Erl. 1 b a. E. zu § 883).

6. Die Vorschrift des § 1186 gilt für **alle Sicherungshypotheken,** einschließlich der zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsgrundbuchrechts bestehenden Pfandrechte, welche nach EG. Art. 192 Abs. 1 Satz 2 oder nach den gemäß Art. 193 erlassenen Landesgesetzen zu Sicherungshypotheken des Reichsrechts geworden sind (Bd. IV S. 391 Erl. 8 h zu Art. 192).

§ 1187.

E. II § 1097 rev. § 1172; III § 1170. P. II Bd. 3 S. 667 ff., 673 f., 676 ff.; Bd. 6 S. 259. D. S. 673 f.

1. Die §§ 1187—1189 regeln die **Hypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber und aus indossabelen Papieren.** Sie sind von der zweiten Kommission aufgenommen worden, weil sich in der Praxis ein Bedürfnis nach einer hypothekarischen Sicherstellung der Anleihen von Großindustriellen, Großgrundbesitzern, Korporationen und Vereinen herausgestellt hatte, welche in Form von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber oder von kaufmännischen Verpflichtungsscheinen auf den Markt gelangen (vgl. P. II Bd. 3 S. 668 ff.; RG. 22 S. 61, 31 S. 90; Hachenburg, Beiträge S. 147 ff.). Diesem Bedürfnisse hatte nicht nur die Praxis durch Zulassung der Eintragung einer Kautionshypothek auf den Namen des die kaufmännischen Teilschuldverschreibungen emittierenden Bankhauses, sondern auch einige Bundesstaaten durch gesetzliche Sondervorschriften (z. B. badisches Ges. v. 12. April 1892; preuß. Ges., betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen rc., v. 19. August 1895 §§ 20 ff., 62, 63) entsprochen. Das BGB. läßt allgemein für die Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber und Orderpapieren die Eintragung einer Sicherungshypothek zu, ohne einen Unterschied zwischen den Ausstellern zu machen und ohne die Zulassung auf den Fall der Ausgabe von Teilschuldverschreibungen zu beschränken.

Seine Vorschriften werden in einigen Punkten (vgl. Erl. 5, 6 zu § 1189) durch das Reichsges., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. Dezember 1899 (RGBl. S. 691) ergänzt. Das letztere findet aber nur dann Anwendung, wenn „von jemand, der im Inlande seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat,

im Inlande Schuldverschreibungen mit im voraus bestimmten Nennwerten ausgestellt sind, die nach dem Verhältnisse dieser Werte den Gläubigern gleiche Rechte gewähren, und die Nennwerte der ausgegebenen Schuldverschreibungen zusammen mindestens dreihunderttausend Mark und die Zahl der ausgegebenen Stücke mindestens dreihundert betragen" (§ 1 dieses Ges.; vgl. das. § 24). Ob die Schuldverschreibungen erst nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes, dem 1. Januar 1900, oder schon vorher ausgegeben sind, ist gleichgültig (das. § 26 Abs. 2).

Neben dem BGB. und dem genannten Reichsgesetze kommen ferner für die sog. Bahneinheiten noch landesgesetzliche Bestimmungen in Betracht; denn nach dem EG. Art. 112 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Veräußerung und Belastung einer Bahneinheit oder ihrer Bestandteile, insbesondere die Belastung im Falle der Ausstellung von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber und die sich dabei ergebenden Rechtsverhältnisse unberührt (Bd. VI S. 232 Erl. 1 zu Art. 112). Dieser Vorbehalt ist aber durch das Reichsges. v. 4. Dezember 1899 § 25 eingeschränkt; sofern die ausgegebenen Schuldverschreibungen auf den Inhaber den oben erwähnten im § 1 dieses Gesetzes gestellten Anforderungen entsprechen, findet grundsätzlich dieses Reichsgesetz und nur für das zur abgesonderten Befriedigung der Gläubiger aus den Bestandteilen der Bahneinheit bestimmte Verfahren das Landesrecht Anwendung.

2. Die Vorschriften der §§ 1187—1189 gelten für die Hypotheken für **Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber und aus Orderpapieren.**

a) Die Schuldverschreibung auf den Inhaber definiert das BGB. § 793 als eine Urkunde, in welcher der Aussteller dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht (vgl. Bd. II Erl. zu § 793). Während nach § 793 die versprochene Leistung Gegenstände aller Art betreffen kann, kommt hier nur eine Schuldverschreibung in Betracht, in welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, da nur diese durch eine Hypothek gesichert werden kann (S. 523 Erl. 5 zu § 1113). Demnach bedarf es nach § 795 der staatlichen Genehmigung für die von den §§ 1187ff. betroffenen Inhaberschuldverschreibungen, vorausgesetzt, daß sie im Inland ausgestellt und nicht von dem Reiche oder einem Bundesstaat ausgegeben sind (Bd. II Erl. zu § 795). Hinsichtlich der Form der Urkunde gilt, auch wenn für die Forderung eine Hypothek bestellt wird, die Regel des § 793 Abs. 2; wenn nicht die Gültigkeit der Unterzeichnung durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht worden ist, genügt eigenhändige oder im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift. Nur bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die ein Bundesstaat oder eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes ausstellt, hängt auf Grund des Vorbehalts des EG. Art. 100 Nr. 1 die Gültigkeit der Unterzeichnung von der Beobachtung der landesgesetzlich vorgeschriebenen besonderen Form ab, auch wenn eine solche Bestimmung in die Urkunde nicht aufgenommen ist (Bd. VI S. 218 Erl. 1—3 zu Art. 100). Über die Frage, ob das Grundbuchamt das Vorhandensein der staatlichen Genehmigung und die Beobachtung der vorgeschriebenen Form zu prüfen hat, vgl. Erl. 1c zu § 1188.

Zu den Schuldverschreibungen auf den Inhaber gehören die im § 808 geregelten sog. Legitimationspapiere nicht. Die Hypotheken, welche für Forderungen aus solchen Urkunden bestellt sind, unterstehen daher nicht den Sondervorschriften der §§ 1187—1189, sondern den allgemeinen Regeln.

b) Von den Forderungen aus **Orderpapieren** werden nur die Forderungen aus kaufmännischen Anweisungen und namentlich aus kaufmännischen Verpflichtungsscheinen häufiger Gegenstand hypothekarischer Sicherung sein. Die ersteren müssen, um durch Indossament übertragen werden zu können, auf einen Kaufmann über die Leistung vertretbarer Sachen ausgestellt sein, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, und an Order lauten (HGB. § 363 Abs. 1 Satz 1). Verpflichtungsscheine sind dann Orderpapiere, wenn sie von einem Kaufmann über vertretbare Sachen an Order ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist (das. Satz 2). Da die Hypothek nur für eine Geldforderung bestellt werden kann (S. 523 Erl. 5 zu § 1113), kommen hier Anweisungen und Verpflichtungsscheine, welche auf andere vertretbare Sachen lauten, nicht in Betracht. Aus demselben Grunde scheiden auch die Forderungen aus den im HGB. § 363 Abs. 2 aufgeführten Orderpapieren (Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer, Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten, Bodmereibriefe und Transportversicherungspolizen, vorausgesetzt, daß sie an Order lauten) fast sämtlich hier aus und, soweit sie auf Geld gehen, werden sie selten durch Hypotheken gesichert werden. Das letztere wird auch hinsichtlich der Wechselforderungen zutreffen (Hachenburg, Beiträge S. 153).

Im Gegensatze zu den Schuldverschreibungen auf den Inhaber können die Orderpapiere ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gebracht werden, und zwar selbst wenn sie mit einem Blankoindossamente versehen sind.

3. Die Hypotheken für die Forderungen aus den genannten Inhaber- und Orderpapieren unterliegen nach dem BGB. folgenden **Sondervorschriften:**

a) **Nur eine Sicherungshypothek ist zulässig,** eine Verkehrshypothek ausgeschlossen. Daß der Gläubiger sich zum Beweise seiner Forderung nicht auf die Eintragung der Hypothek berufen kann, ist bei der Natur der Inhaber- und Orderpapiere selbstverständlich. Nur der Inhaber des Inhaberpapiers bezw. der durch die Reihe der Indossamente legitimierte Inhaber des Orderpapiers ist zur Geltendmachung des Forderungsrechts aus diesen Papieren befugt. Die Forderung ist bei ihnen in dem Papiere verkörpert und an das Papier geknüpft. Deshalb ist eine hypothekarische Sicherung dieser Forderungen nur in der Weise möglich, „daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise seiner Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann" (§ 1184), also nur als Sicherungshypothek (vgl. Hachenburg, Beiträge S. 172ff.; Vorträge S. 601ff.).

b) Da die Hypothek für die Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren nur eine Sicherungshypothek sein darf, bedarf es, abweichend von der Regel des § 1184 Abs. 2, nicht ihrer **Bezeichnung als Sicherungshypothek im Grundbuche.** Daß sie keine Verkehrshypothek ist, ergibt sich genügend aus der Angabe der zugrunde liegenden Forderung als einer Forderung aus einem Inhaber- oder Orderpapiere. Diese Angabe ist allerdings nirgends ausdrücklich vorgeschrieben, ihre Notwendigkeit ergibt sich aber für die Sicherungshypotheken für Forderungen aus Inhaberpapieren aus der Vorschrift des § 1115 Abs. 1, welche die Angabe des Gläubigers im Grundbuche fordert (S. 529 Erl. 2a zu § 1115), und ist auch für die Sicherungshypotheken für Forderungen aus Orderpapieren als selbstverständliche Folge der für diese Hypotheken geltenden Besonderheiten anzusehen, damit sofort aus dem Grundbuche die Hypothek als Inhaber- oder Orderhypothek erkannt werden kann. Indessen, da es an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt, wird man die Angabe bei den letzteren nicht als wesentlich betrachten dürfen; auch wenn also das Grundbuch nichts über die Natur der zugrunde liegenden Forderung sagt, ist die Hypothek eine Sicherungshypothek, obwohl nach den Regeln der §§ 1116, 1184 eine Briefhypothek zu vermuten ist.

c) Die wichtigste Abweichung von den sonstigen Hypotheken bestimmt § 1187 Satz 3. **Die Abtretung** der durch eine Sicherungshypothek gesicherten Forderung aus einem Inhaber- oder Orderpapier erfolgt nicht nach der für Sicherungshypotheken geltenden Regel des § 1154 Abs. 3 durch Einigung und Eintragung, sondern auf dieselbe Weise, wie die Abtretung einer nicht hypothekarisch gesicherten Forderung aus einem solchen Papiere. Die für eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber bestellte Hypothek steht dem jeweiligen Inhaber des Papiers zu, es sei denn, daß er zur Verfügung über dieses nicht berechtigt ist (vgl. Bd. II Erl. zu § 793), ihre Übertragung erfolgt durch Übergabe des Inhaberpapiers, und die Hypothek, welche für eine Forderung aus einem Orderpapiere besteht, wird durch Indossament übertragen (HGB. § 364 Abs. 1, § 365 Abs. 1; WO. Art. 9—13). Der Grund für diese Abweichung von den Regeln des Hypothekenrechts liegt, wie erwähnt (Erl. a), in dem Zwecke und der Natur der Inhaber- und Orderpapiere. Würde die Übertragung an die Eintragung in das Grundbuch geknüpft, so würde die Umlaufsfähigkeit dieser Papiere stark beeinträchtigt und ihnen jede Bedeutung für den Verkehr entzogen werden. Aus diesem Grunde ist nicht nur das Erfordernis der Eintragung im Grundbuche, sondern auch eine öffentliche Beglaubigung des Indossaments mit der Natur der Orderpapiere unvereinbar. Materiellrechtlich ist die Beglaubigung auch nicht vorgeschrieben. Dagegen hat auf Grund der Vorschrift der GBO. § 29 der Gläubiger einer Orderhypothek, der seine Eintragung in das Grundbuch erwirken oder über die Hypothek durch eine Eintragung in das Grundbuch verfügen will, sein Gläubigerrecht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, da für die Orderhypothek keine Ausnahmebestimmung getroffen ist. Da nun weder der Wechsel selbst noch auch die Indossamente öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu sein pflegen, kann der Gläubiger seine Eintragung nur auf Grund einer Bewilligung des bisher eingetragenen Gläubigers oder auf Grund dessen rechtskräftiger Verurteilung zu dieser Bewilligung erreichen; er muß also diesem sein Gläubigerrecht nachweisen und eventuell im Wege der Klage (§§ 894ff.) die Berichtigung des Grundbuchs erwirken. Bei den Inhaberhypotheken genügt die Vorlage des Inhaberpapiers zur Legitimation vor dem Grundbuchamte (s. Fuchs S. 608 Erl. 7; abw. Biermann S. 410 Erl. 3; Jacobi, Wertpapiere S. 343).

Hat dieses Bedenken gegen die Echtheit des Papiers, weil dasselbe keine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde bildet, so hat der Inhaber dessen Echtheit durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, insbesondere durch ein Anerkenntnis des Ausstellers, nachzuweisen. Diese Schwierigkeiten der Legitimation des Gläubigers zu beseitigen, ist einer der Zwecke des im § 1189 geregelten Instituts des Treuhänders (Erl. 2 zu § 1189).

Wie die Übertragung erfolgt auch die **Belastung der Sicherungshypothek mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht** außerhalb des Grundbuchs mit der Belastung des Inhaber- oder Orderpapiers. Vgl. über die Bestellung des Nießbrauchs S. 443 Erl. 1 zu § 1069 und S. 458 Erl. 3 zu § 1081, über die Verpfändung §§ 1292, 1293 und über die Pfändung CPO. §§ 808, 821, § 830 Abs. 3 Satz 2, § 831, § 837 Abs. 2 Satz 2.

d) Weitere Sonderbestimmungen enthalten die §§ 1188, 1189 über die **Bestellung** einer Hypothek für die Forderung aus einem Inhaberpapier, über die **Ausschließung des unbekannten Gläubigers** einer solchen Hypothek gemäß § 1170 und über die Bestellung eines **Vertreters für den jeweiligen Gläubiger** der Forderung aus Inhaber- oder Orderpapieren.

4. Ähnlichkeit mit einer Briefhypothek. Zulässigkeit von Einwendungen. Obwohl die durch § 1187 geregelten Hypotheken stets Sicherungshypotheken und also stets Buchhypotheken sind, so stehen sie doch den Briefhypotheken sehr nahe, wie in der zweiten Kommission mit Recht hervorgehoben ist (P. II Bd. 3 S. 673). Dies ist eine Folge der Verwandtschaft zwischen der rechtlichen Natur des Hypothekenbriefs und der eines Inhaber- oder Orderpapiers, da auch jener als ein Wertpapier anzusehen ist (S. 537 Erl. 5 zu § 1116). Wie eine Briefhypothek kann auch die Sicherungshypothek für Forderungen aus Inhaber- oder Orderpapieren außerhalb des Grundbuchs übertragen werden (Erl. 3c). Zur Geltendmachung der Hypothek ist bei jener die Vorlage des Briefes, bei dieser die Vorlage des Inhaber- oder Orderpapiers erforderlich und gegen Befriedigung des Gläubigers kann die Aushändigung dieser wie jener Urkunde gefordert werden (§ 797; HGB. § 364 Abs. 3; WO. Art. 36, 39). Wie der Hypothekenbrief, so können auch die Inhaber- oder Orderpapiere im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden (§ 799; HGB. § 365 Abs. 2; WO. Art. 73).

Auch hinsichtlich der Zulässigkeit von **Einwendungen** sind die Inhaber- oder Orderhypotheken der Verkehrshypothek ähnlich. Trotz ihrer Natur als Sicherungshypotheken ist der Eigentümer in der Geltendmachung von Einreden in ähnlicher Weise beschränkt, wie gegenüber einer Verkehrshypothek. Denn dem Besitzer einer Schuldverschreibung auf den Inhaber gegenüber sind nur solche Einwendungen zulässig, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen (§ 796; vgl. Bd. II Erl. zu § 796, Jacobi, Wertpapiere S. 341); ebenso kann dem legitimierten Besitzer eines Orderpapiers der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen (HGB. § 364 Abs. 2; WO. Art. 82). Demnach stehen auch dem Eigentümer gegen den dinglichen Anspruch des Hypothekengläubigers auf Grund des § 1137, nach welchem er die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen kann, nur in diesem beschränkten Umfang Einwendungen zu. Daneben hat er auf Grund des § 1137 die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden (S. 578 Erl. 4 zu § 1137) sowie Einwendungen auf Grund eines zwischen ihm und dem jetzigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses (S. 576 f. Erl. 2a ebd.) und schließlich auch solche Einwendungen, welche sich gegen das Bestehen des dinglichen Rechtes richten (ebd. Erl. 2b). Hieran knüpfen sich aber verschiedene Streitfragen.

Streitig ist zunächst, ob der Eigentümer das Bestehen des dinglichen Rechtes jedem Erwerber der Inhaber- oder Orderhypothek gegenüber bestreiten kann. Dies bejaht Hachenburg (Vorträge S. 605) für die Orderhypothek für den Fall, daß der erste Gläubiger bei der Bestellung der Hypothek wußte, daß der als Eigentümer eingetragene Besteller der Hypothek nicht der wahre Eigentümer sei; der spätere Erwerber des Orderpapiers erhalte, weil er nicht als Gläubiger eingetragen werde, die Hypothek so wie der erste Gläubiger. Dem ist nicht beizutreten. Wer von einem eingetragenen Gläubiger ohne Kenntnis des Mangels seines Rechtes gutgläubig erwirbt, kann sich auf die Richtigkeit des Grundbuchs selbst dann berufen, wenn er ohne Eintragung erworben hat (S. 135 Erl. II 1 b zu § 892). Ist also der erste Indossatar gutgläubig, so wird die Hypothek gültig und das Grundbuch richtig. Aber auch wenn dieser die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt, kann sich jeder spätere Indossatar auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zwar nicht hinsichtlich des Gläubigerrechts der nicht ein-

getragenen Indossanten, wohl aber hinsichtlich des Bestehens der eingetragenen Hypothek berufen (S. 616f. Erl. 1 zu § 1155). Nichts anderes gilt bei der Inhaberhypothek (hinsichtlich dieser im Ergebnis übereinstimmend Hachenburg a. a. O.; vgl. auch Jacobi, Wertpapiere S. 342 Anm. 4).

Ferner besteht Streit über die Zulassung der im § 1157 geregelten Einreden aus einem zwischen dem Eigentümer und einem früheren Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse. Nach §§ 1157, 892 kann der Eigentümer solche Einreden dem Erwerber entgegenhalten, wenn sie zur Zeit des Erwerbes diesem bekannt oder in das Grundbuch eingetragen sind. Bei den Sicherungshypotheken für Forderungen aus Inhaberpapieren will dagegen Hachenburg (Vorträge S. 605) diesen Einreden die Wirkung gegenüber dem dritten Inhaber der Urkunde versagen, weil dieser die Forderung so, wie sie die Urkunde darstelle, unabhängig von dem Rechte seines Vormanns und ebenso auch die Hypothek so, wie sie im Grundbuche stehe, erwerbe. Demnach würden solche Einreden der Eintragung bedürfen, um späteren Erwerbern entgegengehalten werden zu können (ebenso Turnau-Förster I S. 823 Erl. III 4 d). Dagegen will Biermann S. 411 Erl. 4 die Vorschrift des § 1157 hier anwenden. Für die erstere Ansicht spricht die Erwägung, daß Einreden aus der Person des Rechtsvorgängers infolge der rechtlichen Natur der Inhaber- oder Orderpapiere dem Inhaber des Inhaberpapiers oder dem legitimierten Inhaber des Orderpapiers nicht entgegengehalten werden können und es hierbei keinen Unterschied machen kann, ob diese Einreden das Forderungsrecht oder das dingliche Recht betreffen. Aber die obigen Regeln über die Zulässigkeit der Einreden erleiden für die Hypothek insofern eine Ausnahme, als der Gläubiger sich auch die aus dem Grundbuch ersichtlichen Einreden gefallen lassen muß. Ein Antrag, auch diese gegen den Inhaber nur dann wirken zu lassen, wenn sie aus dem Inhaberpapier erhellen oder dem Inhaber bekannt sind, ist von der zweiten Kommission abgelehnt, weil das Verhältnis ähnlich wie bei der Briefhypothek zu gestalten sei (P. II Bd. 3 S. 672f.). Wenn man aber die das dingliche Recht betreffenden Einreden aus der Person eines Rechtsvorgängers gegen den Inhaber wirken läßt, wenn sie eingetragen sind, steht nichts entgegen, ihnen auch gegen den Inhaber, der sie zur Zeit seines Erwerbes kannte, Wirkung beizulegen, da die Eintragung in das Grundbuch die Einrede nur veröffentlichen und ihr gegenüber einem redlichen Dritten Wirksamkeit verschaffen soll. Demnach ist Biermanns Ansicht vorzuziehen.

Mit dieser letzteren Frage sowie mit der erörterten Verwandtschaft zwischen den Inhaber- oder Orderpapieren und dem Hypothekenbriefe steht die durch die zweite Kommission (P. II a. a. O.) eingeschaltete Bestimmung der GBO. § 44 im Zusammenhange, nach welcher bei einer Sicherungshypothek der hier fraglichen Art eine Eintragung in das Grundbuch nur erfolgen soll, wenn das Inhaber- oder Orderpapier vorgelegt wird, sofern nicht die Eintragung auf Grund der Bewilligung eines nach § 1189 bestellten Vertreters oder auf Grund einer gegen ihn erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll; auf der vorzulegenden Urkunde ist die Eintragung zu vermerken (Achilles-Strecker, GBO. S. 278f.; über die Gleichstellung eines gemäß des Reichsges. v. 4. Dezember 1899 oder auch vor dem Inkrafttreten des Reichsgrundbuchrechts in Gemäßheit des Landesrechts bestellten Vertreters vgl. dieses Reichsges. § 17 Abs. 2). Dagegen darf man in der Gleichstellung dieser Urkunden mit dem Hypothekenbriefe nicht noch weitergehen und nicht auch die Vorschrift der GBO. § 40 Abs. 2, welche einen gemäß § 1155 legitimierten Besitzer des Briefes von dem Erfordernisse der vorgängigen Eintragung in das Grundbuch entbindet, auf den Besitzer der Schuldverschreibung auf den Inhaber sowie auf den legitimierten Besitzer des Orderpapiers ausdehnen.

5. Von den in Erl. 3 und 4 erwähnten Besonderheiten abgesehen, gelten für die im § 1187 geregelten Hypotheken dieselben Bestimmungen, wie für sonstige Sicherungshypotheken. Dies gilt auch von den Vorschriften über die **Eigentümerhypothek**. Diese erleiden einerseits nicht durch die Ähnlichkeit der Inhaber- und Orderpapiere mit dem Hypothekenbrief eine Änderung; § 1163 Abs. 2 findet keine Anwendung. Andererseits ist die Sicherungshypothek des § 1187 auch nicht etwa, wie Hachenburg (Vorträge S. 606) ausführt, von vornherein Gläubigerhypothek, selbst wenn der Eigentümer das Orderpapier oder das Inhaberpapier noch in Händen hat. Sie bildet vielmehr eine Eigentümergrundschuld bis zur Entstehung der Forderung gegen den Aussteller, also bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Inhaberpapier, wenn auch ohne den Willen des Ausstellers, in den Verkehr gelangt (Bd. II Erl. zu § 793 und zu § 794) oder das Orderpapier an den Remittenten begeben ist. Nichts anderes gilt bei dem Erlöschen der Forderung. Nur ist

§. 1188. Zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber genügt die Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch; die Vorschrift des §. 878 findet Anwendung.

Die Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte nach §. 1170 ist nur zulässig, wenn die im §. 801 bezeichnete Vorlegungsfrist verstrichen ist. Ist innerhalb der Frist die Schuldverschreibung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht worden, so kann die Ausschließung erst erfolgen, wenn die Verjährung eingetreten ist.

---

zu beachten, daß eine Wechselforderung nicht dadurch untergeht, daß der Wechsel an den Aussteller oder Akzeptanten indossiert wird (WO. Art. 10 Satz 2), und daß auch der Erwerb des Inhaberpapiers durch den Aussteller nicht das Erlöschen der Forderung herbeiführt. Erwirbt also der mit dem Schuldner identische Eigentümer die Schuldverschreibung auf den Inhaber, so verwandelt sich die Hypothek nicht in eine Eigentümergrundschuld. Der Eigentümer kann vielmehr durch Übergabe der Urkunde die Forderung mit der Hypothek übertragen (vgl. Hachenburg, Beiträge S. 179; Vorträge S. 606). Erst dadurch, daß der Aussteller das von ihm erworbene Papier vernichtet oder durch einen Vermerk außer Kraft setzt, sowie durch Ablauf der im § 801 vorgeschriebenen Frist (vgl. Erl. 2 zu § 1188) erlischt die Forderung aus dem Inhaberpapiere mit der Wirkung, daß die Hypothek zur Eigentümergrundschuld wird (s. Bruck, Eigentümerhypothek S. 179 f.).

§ 1188.

E. II § 1098 rev. § 1173; III § 1171. P. II Bd. 3 S. 667, 672. D. S. 674.

1. Der § 1188 Abs. 1 regelt **die Bestellung der Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber.**

a) Während zur Bestellung einer Sicherungshypothek wie jeder anderen Hypothek grundsätzlich außer der Eintragung in das Grundbuch die Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer erforderlich ist (S. 518 Vorbm. 4a, S. 695 Erl. 3 zu § 1184), genügt für die Inhaberhypothek (aber nicht für die Orderhypothek) an Stelle der Einigung **die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle.** Diese Ausnahme erklärt sich aus der Vorschrift des § 794, durch welche die sog. Kreationstheorie für die Entstehung der Verpflichtung aus der Schuldverschreibung auf den Inhaber gesetzliche Anerkennung gefunden hat. Da zur Entstehung dieser Verpflichtung der Abschluß eines Vertrags nicht erfordert wird, bedarf es auch keines dinglichen Vertrags zur Begründung der zu ihrer Sicherung bestellten Hypothek.

Wie für die Einigung der § 873, so ist auch für diese Erklärung eine Form materiellrechtlich nicht vorgeschrieben. Auch daß sie vor dem Grundbuchamt abgegeben wird, ist nicht erforderlich. Eine formlose Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte genügt zur Entstehung der Hypothek, wenn die Eintragung hinzukommt. Zur Erwirkung der Eintragung bedarf es aber nach der GBO. § 29 Satz 1 einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Eintragungsbewilligung des Eigentümers. Die Erklärung braucht auch der Eintragung nicht vorauszugehen; ist letztere versehentlich erfolgt, so entsteht die Sicherungshypothek, wenn jene nachgeholt wird. In diesen Punkten gilt hier nichts anderes als von der Erklärung des § 875. Auch hinsichtlich der Unwirksamkeit einer Verfügungsbeschränkung nach näherer Vorschrift des § 878 steht die Erklärung aus § 1188 jener gleich. Die Vorschrift des § 875 Abs. 2 kann dagegen hier nicht zur Anwendung kommen; da die Erklärung stets dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben werden muß, ist sie immer unwiderruflich.

b) Wie aus dem Worte „genügt" erhellt, ist die einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte nicht immer erforderlich. **Eine Einigung** zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber des Papiers bringt die Sicherungshypothek auch zur Entstehung, sofern die Eintragung hinzukommt.

Bei der Orderhypothek ist die Einigung stets erforderlich. Selbst für den Fall, daß das Papier an die eigene Order des Ausstellers lautet, ist keine Ausnahme zugelassen.

c) Auf die **Eintragung der Inhaberhypothek** kommt § 1115 zur Anwendung. Als Gläubiger ist nicht, wie bei jeder anderen Hypothek, insbesondere auch bei der Orderhypothek, der erste Inhaber mit seinem Namen, sondern der Inhaber der Schuldverschreibung als solcher einzutragen und diese dabei genau zu bezeichnen (s. S. 529 Erl. 2a zu § 1115). Handelt es sich um Teilschuldverschreibungen, so braucht nicht für jede einzelne eine besondere Hypothek eingetragen zu werden; nach der GBO. § 51 Abs. 1 genügt die Eintragung des Gesamtbetrags der Hypothek unter Angabe der Anzahl, des Betrags und der Bezeichnung der Teile (Achilles-Strecker S. 292). Die letztere Vorschrift ist von dem OLG. Dresden (RJA. 2 S. 147) mit Recht auf die Sicherungshypothek für indossable Teilschuldverschreibungen ausgedehnt, da die Beschränkung auf Inhaberhypotheken jedes Grundes entbehrt.

Zweifelhaft ist, ob das Grundbuchamt vor der Eintragung der Inhaberhypothek zu prüfen hat, ob die nach § 795 erforderliche staatliche Genehmigung erteilt und die für die Urkunden etwa vorgeschriebene Form gewahrt ist (S. 701 Erl. 2a zu § 1187). Dies bejahen Turnau-Förster I S. 821 Erl. III 1, Kretzschmar I S. 404, Biermann S. 412 Erl. 1a, Staudinger III S. 518 Erl. 1a, Willenbücher S. 250 Erl. 2, Oberneck I S. 968f., letzterer aber nur für den Fall, daß die Papiere bereits in Verkehr gesetzt worden sind oder daß sie dem Grundbuchamte bei Begründung der Hypothek mit eingereicht werden, weil eine ohne staatliche Genehmigung in Verkehr gesetzte Schuldverschreibung auf den Inhaber nichtig sei und der Grundbuchrichter nicht durch die Eintragung an einem gesetzlich verbotenen Rechtsakte mitwirken dürfe. Indessen durch die Eintragung der Sicherungshypothek werden die Papiere nicht in den Verkehr gebracht und die Rechtsgültigkeit der Forderung, für welche die Hypothek bestellt wird, ist von dem Grundbuchamte nicht zu prüfen. Dieses kann die Vorlage der Inhaberpapiere nicht fordern und bedarf ihrer zur Eintragung der Hypothek überhaupt nicht, — der § 44 GBO. bezieht sich nur auf die Eintragung späterer Rechtsänderungen bei der Hypothek (Rspr. 6 S. 105) —; daher braucht es auch deren Rechtsgültigkeit nicht zu prüfen, sondern kann nur auf etwaige Mängel aufmerksam machen und deren Beseitigung anheimgeben (s. Fuchs S. 607 Erl. 6). Anders ist es jedoch, wenn zu späteren Eintragungen bei der Inhaberhypothek das Inhaberpapier gemäß § 44 der GBO. (S. 704 Erl. 4 zu § 1187) vorgelegt wird; in diesem Falle würde das Grundbuchamt die Eintragung bis zur Vorlage eines rechtsgültigen Inhaberpapiers zu beanstanden haben und daher bei dieser Gelegenheit den Nachweis der staatlichen Genehmigung fordern können (übereinstimmend Predari S. 297f.).

2. Der § 1188 Abs. 2 trifft eine Sonderbestimmung für **die Ausschließung des unbekannten Gläubigers mit seinem Rechte gemäß § 1170.** Auch sie gilt nur für **Inhaberhypotheken**, nicht für Orderhypotheken. Während der § 1170 den Ablauf einer zehnjährigen Frist seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch oder seit dem Ablaufe des Zahlungstags fordert, darf der unbekannte Gläubiger einer Inhaberhypothek im Wege des Aufgebotsverfahrens erst ausgeschlossen werden, wenn dreißig Jahre seit dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit verstrichen sind, ohne daß vor dem Ablaufe dieser Frist die Urkunde dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht worden ist. Wenn dagegen die Vorlage oder die gerichtliche Geltendmachung erfolgt ist, so verlängert sich die dreißigjährige Präklusivfrist um die zweijährige Verjährungsfrist; eine Unterbrechung der Verjährung innerhalb der letzteren Frist hindert deren Ablauf und steht daher dem Aufgebot entgegen. Die Dauer und der Beginn der Vorlegungsfrist können aber von dem Aussteller in der Urkunde anders bestimmt und dadurch auch die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens beeinflußt werden. Auch die Verjährungsfrist kann der Aussteller durch einen Vermerk in der Urkunde abkürzen (vgl. Bd. II die Erl. zu § 801).

Daß innerhalb der Vorlegungsfrist die Urkunde nicht zur Einlösung vorgelegt und der Anspruch nicht gerichtlich geltend gemacht worden ist, hat der Antragsteller bei dem Antrag auf Erlaß des Aufgebots ebenso glaubhaft zu machen wie die Unbekanntheit des Gläubigers und die Nichtanerkennung des Rechtes seitens des Eigentümers (CPO. § 986 Abs. 2; S. 652 Erl. 3 zu § 1170).

Wie in der zweiten Kommission hervorgehoben wurde, wird die Vorschrift des Abs. 2 praktisch deshalb von geringer Bedeutung sein, weil die Beteiligten meistens die vertragsmäßige Bestimmung treffen werden, daß der Eigentümer befugt sein soll, die Löschung der Hypothek zu verlangen, wenn die Inhaberpapiere nicht innerhalb einer bestimmten Zeit zur Zahlung präsentiert sind, und der Treuhänder alsdann die Löschung bewilligen wird (P. II Bd. 3 S. 672; vgl. auch ebd. S. 673f.).

§. 1189. Bei einer Hypothek der im §. 1187 bezeichneten Art kann für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugniß bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich.

Ist der Eigenthümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter verlangen.

---

§ 1189.

E. II § 1099 rev. § 1174; III § 1172. P. II Bd. 3 S. 674 ff.; Bd. 6 S. 259 f. D. S. 674.

1. **Bestellung eines sog. Treuhänders bei Inhaber- und Orderhypotheken.** Wie S. 700 Erl. 1 zu § 1187 bereits erwähnt, sind die Sicherungshypotheken für Forderungen aus Inhaber- oder Orderpapieren in erster Linie deshalb zugelassen, um die hypothekarische Sicherung der in Form von Teilschuldscheinen auf den Markt gelangenden Anleihen von Großindustriellen &c. zu ermöglichen. Bei derartigen Hypotheken war es auch nach dem früheren Rechte bereits üblich, das die Anleihe emittierende Bankhaus in das Grund- oder Hypothekenbuch einzutragen und ihm dadurch die Befugnis zur Vertretung der Erwerber der Teilschuldverschreibungen zu verschaffen (vgl. RG. 31 S. 90; P. II Bd. 3 S. 668; Hachenburg, Beiträge S. 147 f.). Dieses Verfahren, die Bestellung eines sog. Treuhänders, hat nach dem Vorgang einzelner Landesgesetze auch in dem BGB. § 1189 gesetzliche Anerkennung gefunden.

2. Dabei ist jedoch die Frage nach der **rechtlichen Natur** dieses Rechtsverhältnisses nicht entschieden, sondern der Rechtswissenschaft überlassen (vgl. P. II Bd. 3 S. 675 f.). Nach der Fassung des § 1189 Abs. 1 ist der Treuhänder Vertreter des jeweiligen Gläubigers. Er hat daher keine fiduziarische Rechtsstellung; er tritt auch nach außen hin nicht als Gläubiger, sondern nur als Vertreter auf. Er ist auch nicht als Vorstand einer von der Gesamtheit der Gläubiger der Teilhypothekenforderungen gebildeten Gemeinschaft anzusehen (vgl. RG. 22 S. 61, 31 S. 90); denn ein Treuhänder kann auch bestellt werden, wenn die Hypothek nicht in Teilhypotheken zerlegt ist (s. Erl. 3), und die für Forderungen aus Teilschuldverschreibungen bestellte Hypothek steht nicht ungeteilt der Gesamtheit der Gläubiger zu, sondern jeder Gläubiger kann über seine Teilhypothekenforderung verfügen. Der Treuhänder ist auch nicht, obschon er regelmäßig von dem Eigentümer bestellt werden wird (s. Erl. 5), Bevollmächtigter des Eigentümers; denn er vertritt nicht diesen, sondern den jeweiligen Gläubiger. Er ist schließlich auch kein gewöhnlicher Bevollmächtigter des Gläubigers; seine Bestellung erfolgt nicht lediglich im Interesse des Gläubigers, sondern ebensosehr im Interesse des Eigentümers. Dieser hat ein erhebliches Interesse daran, daß er, wenn eine Verfügung über die Hypothek notwendig wird, nicht genötigt ist, sich an die Inhaber der Schuldverschreibungen zu wenden. Letztere werden häufig kaum zu ermitteln und, nachdem sie ermittelt sind, nur ausnahmsweise in der Lage sein, sich durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden den Vorschriften der GBO. entsprechend als Gläubiger zu legitimieren (S. 702 f. Erl. 3c zu § 1187) und die von dem Eigentümer begehrte grundbuchmäßige Verfügung vorzunehmen. Die sich hieraus für den Eigentümer ergebenden Schwierigkeiten sollen durch die Bestellung des Treuhänders vermieden werden, wie durch die Vorschrift des Abs. 2 klargestellt wird (vgl. auch P. II Bd. 3 S. 674; D. S. 674). Anderseits dient seine Bestellung auch dem Interesse der Gläubiger, indem sie diese der erwähnten Schwierigkeit, sich grundbuchmäßig zu legitimieren, überhebt. Der Treuhänder wird also zum Vertreter der Gläubiger bestellt, um deren Rechte im Interesse aller Beteiligten auszuüben. Er hat daher eine von dem Willen des einzelnen Beteiligten unabhängige Rechtsstellung. Insofern ist allerdings seine Stellung der des Testamentsvollstreckers ähnlich. Trotzdem dürfte Hachenburg (Beiträge S. 165 ff., Vorträge S. 607) nicht darin beizutreten sein, wenn er dem Treuhänder allgemein eine gleiche Stellung wie dem Testamentsvollstrecker zubilligt, da zwischen den beiden Instituten erhebliche Verschiedenheiten bestehen. Während der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand nicht verfügen und ein der Verwaltung desselben unterliegendes Recht nicht gerichtlich geltend machen kann (§§ 2211, 2212), wird durch die Bestellung eines Treuhänders die Befugnis der Hypothekengläubiger, über die Hypothek zu verfügen und sie gerichtlich geltend zu machen, nicht

beschränkt; die zweite Kommission hat es ausdrücklich abgelehnt, dem Treuhänder die ausschließliche Verfügungsbefugnis zu geben (P. II Bd. 3 S. 676). Ferner kann der Testamentsvollstrecker nicht durch die übereinstimmende Erklärung der sämtlichen an dem Nachlasse beteiligten Personen entfernt werden, dagegen ist die Rechtsstellung des Treuhänders nur von dem Willen des einzelnen Beteiligten, nicht von dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten unabhängig, durch übereinstimmende Erklärung des Eigentümers und der Gläubiger kann er abberufen oder seine Vertretungsmacht beschränkt werden (s. Erl. 6). Anders als der Testamentsvollstrecker ist daher der Treuhänder als **Vertreter** des jeweiligen Gläubigers anzusehen, wie auch aus der Fassung des § 1189 erhellt, er hat seine Befugnisse nicht zu eigenem Rechte und übt sie auch nicht im eigenen Namen aus (a. M. Staudinger III S. 522 Erl. VI und Gierke, D. Privatr. II S. 905 § 163 Ziff. II: Vertreter aus eigenem Rechte; Jacobi, Wertpapiere S. 344f.: Vertreter im eigenen Namen). Insbesondere ist auch aus dem im § 1189 Abs. 1 Satz 2 aufgestellten Erfordernisse der Eintragung in das Grundbuch nicht zu schließen, daß dem Treuhänder ein eigenes Recht zusteht. Hierdurch wird die Bestellung des Treuhänders nur zu einem Teile des Inhalts der Hypothek, zu einer Modifikation des Rechtes des Hypothekengläubigers und der Belastung des Grundstücks gemacht, nicht aber dem Treuhänder ein das Hypothekenrecht beschränkendes eigenes Recht verliehen.

Demnach ist der Treuhänder als ein Vertreter des jeweiligen Hypothekengläubigers anzusehen, dessen Bestellung einen Teil des Inhalts des Hypothekenrechts bildet und dessen Rechtsstellung der eines Pflegers einer geschäftsfähigen Person ähnlich ist (a. M. in dem letzten Punkte Fuchs S. 612 Erl. 19ff., S. 616 Erl. 32), jedoch mit der Maßgabe, daß er nicht nur im Interesse des Gläubigers, sondern auch des Eigentümers bestellt ist (vgl. Oberneck I S. 971ff.).

3. **Die Bestellung eines Treuhänders** ist bei jeder Inhaber- und Orderhypothek **zulässig**, aber auch nur zulässig, **nicht notwendig**. Ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag, die Bestellung durch eine in die GBO. aufzunehmende Ordnungsvorschrift zu erzwingen, wurde abgelehnt, weil die Beteiligten die Bestellung schon im eigenen Interesse in allen Fällen veranlassen würden, in denen sie angebracht erscheine (P. II Bd. 3 S. 676). In der Tat sind die Schwierigkeiten, welche dem Eigentümer durch die Unbestimmtheit der Personen und durch den Mangel einer grundbuchmäßigen Legitimation der Gläubiger erwachsen werden, bei den Sicherungshypotheken für Inhaber- oder Order-Teilschuldverschreibungen so erheblich, daß derartige Anleihen schwerlich vorkommen werden, ohne daß der Eigentümer einen Treuhänder bestellt (s. Erl. 2; P. II Bd. 3 S. 674). Aber auch wenn die Hypothekenforderung nicht in Teile zerlegt wird, hat der Eigentümer aus den in Erl. 2 angeführten Gründen ein Interesse an der Bestellung des Treuhänders. Demnach ist diese stets empfehlenswert.

4. Hinsichtlich der **Person des Treuhänders** sind besondere Vorschriften nicht gegeben. Es kommen daher die allgemeinen Regeln zur Anwendung (vgl. Bd. I S. 287f. Erl. 1 zu § 165). Die Sondervorschriften der §§ 1780, 1915, 2201, nach denen ein wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter nicht zum Vormund oder Pfleger bestellt und ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter sowie ein unter Pflegschaft stehender Gebrechlicher nicht zum Testamentsvollstrecker ernannt werden kann, finden trotz der Ähnlichkeit der Rechtsstellung des Treuhänders mit der eines Pflegers oder Testamentsvollstreckers keine Anwendung. Auch eine gesetzliche Verpflichtung zur Übernahme der Vertretung besteht nicht.

Aus der Fassung der Vorschrift des Abs. 1, daß der Vertreter für den Gläubiger bestellt wird, ist nicht zu folgern, daß die bisherige Praxis, die das Darlehen vorschießende und die Anleihe emittierende Bankfirma zum Treuhänder zu bestellen, bei Sicherungshypotheken für Forderungen aus Orderpapieren deshalb nicht mehr beibehalten werden könne, weil die Bankfirma als erste Gläubigerin einzutragen ist. Vielmehr kann sie zugleich als Gläubigerin und als Treuhänderin eingetragen werden (P. II Bd. 6 S. 260; Hachenburg, Beiträge S. 158f.).

5. Über die **Form der Bestellung** des Treuhänders enthält das BGB. nur die Vorschrift, daß zu der Bestellung die **Eintragung** in das Grundbuch erforderlich ist (§ 1189 Abs. 1 Satz 2). Daraus ist aber, wie in Erl. 2 erwähnt, zu entnehmen, daß die Bestellung zu dem Inhalte der Hypothek gehört und den Vorschriften über die Bestellung der Sicherungshypothek unterliegt. Demnach bedarf es außer der Eintragung, wenn der Sicherungshypothek eine Forderung aus einem Orderpapiere zugrunde liegt, einer Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer; wenn sie dagegen für eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber bestellt

wird, genügt die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte gemäß § 1188 (a. M. Cosack II § 266 Ziff. I 3a, der letzterenfalls einen dinglichen Vertrag zwischen dem Pfandschuldner und dem Vertreter fordert). Dies gilt aber nur, wenn die Bestellung des Treuhänders bei der Begründung der Hypothek erfolgt; eine nachträgliche Bestellung erfordert als eine Inhaltsänderung stets eine Einigung zwischen dem jetzigen Hypothekengläubiger und dem Eigentümer sowie die Eintragung (§§ 873, 877).

Formell setzt die Eintragung auch bei Orderhypotheken nur die Eintragungsbewilligung des Eigentümers voraus, wenn sie bei der Eintragung der Hypothek beantragt wird. Zu der nachträglichen Eintragung ist dagegen bei der Inhaber- sowie bei der Orderhypothek die Bewilligung des Eigentümers und des Hypothekengläubigers erforderlich.

Die Eintragungsbewilligung und die zur Einigung erforderliche Erklärung des Hypothekengläubigers muß, wenn die Forderung in Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber oder an Order zerlegt ist, von sämtlichen Teilgläubigern erklärt werden. Da die Erklärung aber schwer zu beschaffen sein wird, ist gleich bei der Begründung der Hypothek nicht nur die Bestellung des ersten Treuhänders, sondern auch eines zweiten für den Fall des Wegfalls des ersten oder wenigstens die Regelung der Art seiner Bestellung, ohne daß es einer Mitwirkung der Gläubiger bedarf, dringend zu empfehlen. Eine Erleichterung gewährt das Reichsges., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. Dezember 1899, welches die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters für die Gläubiger zur Wahrnehmung ihrer Rechte durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Mehrheitsbeschluß der ordnungsmäßig berufenen Gläubigerversammlung unter gleichzeitiger Bestimmung des Umfanges seiner Befugnisse gestattet (vgl. dieses Ges. § 1 Abs. 2, §§ 6, 8—10, 14). Allerdings ist ein auf Grund dieses Gesetzes gewählter Vertreter nicht mit dem Treuhänder im Sinne des § 1189 identisch. Jener kann neben diesem bestellt werden; die Befugnisse und Verpflichtungen des Treuhänders werden durch die nach dem Reichsges. v. 4. Dezember 1899 vorgenommene Bestellung eines Vertreters nicht berührt (das. § 16 Abs. 1; s. jedoch das. Abs. 2, 3). Der letztere wird einseitig von den Gläubigern, der Treuhänder dagegen von dem Eigentümer oder durch Vertrag zwischen diesem und jenem bestellt. Durch Einigung zwischen dem Eigentümer und dem hierzu durch ordnungsmäßigen Beschluß der Gläubigerversammlung ermächtigten Vertreter sowie durch Eintragung in das Grundbuch kann dieser aber auch zum Treuhänder werden oder auch ein anderer zum Treuhänder ohne Einwilligung sämtlicher Gläubiger bestellt werden. Daß übrigens das Gesetz v. 4. Dezember 1899 nur auf Schuldverschreibungen der daselbst im § 1 angeführten Art Anwendung findet, ist S. 700f. Erl. 1 zu § 1187 bereits erwähnt.

Da die Verfügungsbefugnis des Treuhänders nicht gesetzlich begrenzt ist, ist nicht nur sein Name, sondern auch der Umfang seiner Vertretungsmacht in das Grundbuch einzutragen (s. Erl. 7a). Durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung wird indessen die nähere Angabe seiner Verfügungsbefugnis ersetzt, während die Bestellung und der Name des Treuhänders aus dem Grundbuche selbst erhellen müssen (Achilles-Strecker, GBO. S. 245; bay. Dienstanw. v. 27 Febr. 1905 § 418; a. M. in dem letzten Punkte Fuchs S. 613 Erl. 26).

Die Einigung braucht, wie erwähnt, nur zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger, nicht auch zwischen diesen Personen und dem Treuhänder zu erfolgen (a. M. Cosack a. a. O.). Letzterer erwirbt kein eigenes Recht (Erl. 2), sondern ist nur ein eigenartiger Bevollmächtigter und zu der Begründung der Vertretungsmacht eines Bevollmächtigten bedarf es dessen Annahme nicht (s. Bd. I S. 291 Erl. 2 zu § 167). Da aber die Vollmacht von dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis abhängt (s. Bd. I S. 292ff. Erl. 3 zu § 167), wird trotz der Einigung und der Eintragung keine Vertretung geschaffen, wenn ein Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer oder dem Gläubiger und dem Treuhänder, kraft dessen dieser die Vertretung zu führen berechtigt ist, nicht besteht. Das Grundbuch, welches ihn als Treuhänder bezeichnet, ist alsdann unrichtig und zu berichtigen. Zu dieser Berichtigung genügt nicht der Nachweis der Weigerung des Treuhänders, die Vertretung zu führen, sondern es bedarf des Beweises, daß ein die Vertretungsmacht begründendes Rechtsverhältnis nicht besteht. Deshalb wird meistens außer dem Antrage des Eigentümers oder des Gläubigers die Zustimmung von Eigentümer und Gläubiger erforderlich sein, sofern nicht von vornherein für diesen Fall, insbesondere durch Bestellung eines zweiten Treuhänders, Fürsorge getroffen ist.

6. Zu der **Abberufung des Treuhänders** und zu einer **Änderung seiner Vertretungsmacht** ist nach dem BGB. die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger und die Ein-

tragung ebenso wie zu einer nachträglichen Bestellung eines Treuhänders erforderlich. Die Abberufung ist durch das Reichsges. v. 4. Dezember 1899 § 16 Abs. 3 für den Umfang seines Geltungsbereichs (S. 700f. Erl. 1 zu § 1187) erleichtert; auf Antrag von Gläubigern, deren Schuldverschreibungen zusammen den fünften Teil des Gesamtbetrags der im Umlaufe befindlichen Schuldverschreibungen erreichen, kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat oder zuletzt gehabt hat (vgl. Ges. v. 4. Dezember 1899 § 4 Abs. 1), durch eine der sofortigen Beschwerde unterliegende Verfügung den gemäß § 1189 bestellten Vertreter abberufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Auf Grund einer Ausfertigung dieser Verfügung hat das Grundbuchamt auf Antrag des Eigentümers, eines Gläubigers oder eines Treuhänders die Abberufung einzutragen. Durch die Verfügung wird nicht nur die Zustimmung der übrigen Gläubiger, sondern auch die des Eigentümers ersetzt.

Außer durch Abberufung **erlischt die Vertretungsmacht** des Treuhänders durch dessen Tod oder Geschäftsunfähigkeit sowie auch durch das Erlöschen des Rechtsverhältnisses, welches der Übernahme der Vertretungsmacht seitens des Treuhänders zugrunde liegt (s. Bd. I S. 298 Erl. 1 zu § 168). Auf diese Fälle kommt das in Erl. 5 a. E. Gesagte zur entsprechenden Anwendung. Die Eintragung in das Grundbuch ist, von den Fällen der rechtsgeschäftlichen Aufhebung abgesehen, nicht Voraussetzung des Erlöschens der Vertretungsmacht (a. M. Hachenburg, Beiträge S. 170), sondern nur zur Veröffentlichung erforderlich, um die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, an dem die Eintragung des Treuhänders teilnimmt (s. Rambohr in Gruch. 44 S. 348f.), auszuschließen. Der Antrag auf diese Eintragung kann von dem bisherigen Treuhänder nicht gestellt werden, da er ein eigenes Recht nicht gehabt hat und seine Vertretungsbefugnis erloschen ist (a. M. Oberneck I S. 980).

7. Hinsichtlich der **Befugnisse des Treuhänders** unterscheidet das BGB. zwischen der Befugnis zur Verfügung über die Hypothek und der Befugnis zur Geltendmachung derselben.

a) Der Umfang der **Verfügungsbefugnis** des Treuhänders bedarf der näheren Bestimmung durch Eintragung in das Grundbuch oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (Erl. 5). Dies ist allerdings nicht unbestritten. Biermann 1. Aufl. S. 245 Erl. 3 (anders 2. Aufl. S. 414 Erl. 3a) war der Meinung, daß es einer Aufzählung der einzelnen Arten der Verfügung, zu denen der Vertreter legitimiert sein solle, nicht bedürfe, daß anderseits eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Vertreters auf gewisse Verfügungsakte oder durch Ausschließung gewisser Verfügungsakte der Eintragung bedürfe. Wenn das die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein sollte, wäre sie im Gesetze nicht zum Ausdrucke gekommen. Die Worte des § 1189 Abs. 1 Satz 1: „bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen" lassen eine andere Auslegung nicht zu, als daß bei der Bestellung die Art der Verfügungen bestimmt werden muß. Dafür sprechen auch die Äußerungen in der zweiten Kommission, daß „der Treuhänder dem Zwecke der ganzen Einrichtung nach immerhin nur beschränkte Funktionen auszuüben habe" sowie „daß im Gesetze nur ein Spielraum für die Befugnisse des Treuhänders geschaffen werde, innerhalb dessen die Praxis dem Bedürfnis entsprechend die Grenzen enger oder weiter zu ziehen vermöge" (P. II Bd. 3 S. 676, Bd. 6 S. 260; vgl. Hachenburg, Beiträge S. 161f., Vorträge S. 608). Zulässig ist es aber, den Treuhänder zu allen Verfügungen, sei es ausnahmslos, sei es unter bestimmten Ausnahmen, zu ermächtigen.

Über den Begriff der Verfügungen vgl. Bd. I S. 185 Vorbm. IX 4; hier kommen vor allem Löschungsbewilligungen, Anerkenntnisse des kraft Gesetzes erfolgten Überganges der Hypothek auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten, Entlassungen von Trennstücken aus der Mithaft, Inhalts- und Rangänderungen sowie Kündigungen (s. jedoch Erl. b) in Betracht, dagegen nur ausnahmsweise Abtretungen und Belastungen, da zu ihnen die Übergabe des Inhaberpapiers oder des indossierten Orderpapiers erforderlich ist und der Treuhänder regelmäßig nicht im Besitze dieser Urkunden sein wird. Aus demselben Grunde wird auch die Empfangnahme von Zahlungen selten zu den Obliegenheiten des Treuhänders gehören (abw. Kretzschmar I S. 409, der die Erstreckung der Vertretungsmacht auf die Empfangnahme des Schuldbetrags für unzulässig erklärt). Allerdings ist auch zu grundbuchmäßigen Verfügungen nach der GBO. § 44 Abs. 1 grundsätzlich die Vorlage jener Urkunden erforderlich (S. 704 Erl. 4 zu § 1187); hiervon macht Abs. 2 ebenda aber gerade für den Fall eine Ausnahme, wenn eine Eintragung auf Grund der Bewilligung des Treuhänders oder auf Grund einer gegen ihn erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll. Diese Ausnahme gilt aber nur für die

Bewirkung von Eintragungen in das Grundbuch, nicht für die Empfangnahme von Zahlungen und sonstige Verfügungen außerhalb des Grundbuchs.

Die ihm übertragene Verfügungsbefugnis gewährt dem Treuhänder nicht nur das Recht, innerhalb seiner Vertretungsmacht über die Hypothek zu verfügen, so daß nicht nur der jetzige, sondern auch jeder spätere Gläubiger die Verfügung anerkennen muß und sich auf sie berufen darf, sondern auch die **Pflicht gegenüber dem Eigentümer**, innerhalb des Rahmens seiner Vertretungsbefugnis diejenigen Verfügungen vorzunehmen, welche der Eigentümer von den Inhabern der Schuldverschreibungen verlangen kann (Abs. 2). Wie in P. II Bd. 3 S. 676 hervorgehoben wird, ist dies in dem Sinne zu verstehen, daß diese Verpflichtung des Treuhänders nicht nur gegenüber dem ersten Besteller der Hypothek besteht, sondern auch jedem späteren Erwerber des Grundstücks gegenüber; „es werde also namentlich dem Erwerber von Trennstücken ein direkter Anspruch gegen den Treuhänder auf Löschung der Hypothek zu gewähren sein, wenn die Entlassung des Trennstücks aus der Pfandhaft nach dem Bestellungsvertrage würde gefordert werden können".

b) Die Befugnis des Treuhänders, den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten, ist im Gegensatze zu der Verfügungsbefugnis eine unbeschränkte; sie bedarf keiner näheren Begrenzung durch die Eintragung in das Grundbuch. Unter der Geltendmachung der Hypothek ist nicht nur, wie Hachenburg (Beiträge S. 160ff., Vorträge S. 608) meint, die gerichtliche Verfolgung des dinglichen Anspruchs, sondern, wie im § 1160 (S. 629f. Erl. 2, 5c zu § 1160), jede gerichtliche wie außergerichtliche Geltendmachung des dinglichen Rechtes gegen den Eigentümer oder gegen einen Dritten zu verstehen, also außer der Klagerhebung auch die Mahnung u. ä. Dagegen dürfte die Kündigung nicht hierher gehören, sondern als eine Verfügung anzusehen sein (S. 142 Erl. 1 zu § 893; D. S. 674; a. M. Biermann S. 414 Erl. 3b, Willenbücher S. 252 Erl. 3b, Fuchs S. 615 Erl. 30; Jacobi, Wertpapiere S. 345). Soweit der Vertreter zur Kündigung befugt ist, kann die Kündigung auch ihm gegenüber erfolgen (D. S. 674). Aus seinem Rechte, die Hypothekenklage anzustellen, ist nicht seine Passivlegitimation gegenüber der Klage des Eigentümers oder eines gleich- oder nachstehenden Gläubigers auf Anerkennung des Nichtbestehens der Hypothek und auf Zustimmung zu ihrer Löschung zu folgern; diese setzen vielmehr die Befugnis des Treuhänders zur Verfügung über die Hypothek voraus. Ebenso gehört die Empfangnahme von Zahlungen nicht zur Geltendmachung der Hypothek, sondern zur Verfügung über diese (s. Erl. 7a).

In dem Rechtsstreite hat der Treuhänder dieselbe Rechtsstellung wie der Pfleger eines Geschäftsfähigen, also die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, wie dies das Ges. v. 4. Dezember 1899, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, § 14 Abs. 4 Satz 1 hinsichtlich des auf Grund dieses Gesetzes bestellten Vertreters (s. Erl. 5) ausdrücklich bestimmt. Der Gläubiger steht daher für den von dem Treuhänder geführten Rechtsstreit nach § 53 der CPO. einer nicht prozeßfähigen Person gleich (Oberneck I S. 977f.; Hachenburg, Beiträge S. 171, Vorträge S. 608; a. M. Fuchs S. 616 Erl. 32, nach dem der Treuhänder als Bevollmächtigter auftritt). Das Urteil wirkt für und gegen alle gegenwärtigen und künftigen Gläubiger der Hypothek. Diese tragen auch die Kosten des Rechtsstreits, soweit sie nicht dem Prozeßgegner zur Last fallen; der Treuhänder haftet nicht persönlich, da er nicht Partei, sondern gesetzlicher Vertreter ist (a. M. Hachenburg, Beiträge S. 172, Vorträge S. 609; s. auch die Sondervorschrift des Ges. v. 4. Dezember 1899 § 14 Abs. 4 Satz 2, nach welcher der Schuldner für die den Gläubigern zur Last fallenden Kosten des Rechtsstreits haftet, welcher von dem auf Grund dieses Gesetzes bestellten Vertreter geführt ist, unbeschadet seines Rückgriffs gegen die Gläubiger).

Der Treuhänder ist nur zur Geltendmachung des dinglichen Rechtes, nicht des persönlichen Anspruchs befugt. Dieser kann nur von einem gemäß des Gesetzes v. 4. Dezember 1899 bestellten Vertreter und vor allem von dem Gläubiger selbst erhoben werden. Dem letzteren bleibt auch, wie erwähnt (Erl. 2), neben dem Treuhänder die Befugnis, den dinglichen Anspruch geltend zu machen, und zwar ist, wenn die Forderung in Teilschuldverschreibungen geteilt ist, jeder Gläubiger zur Geltendmachung seiner Teilforderung befugt.

8. Völlig verschieden von dem gemäß § 1189 und auch von dem auf Grund des Gesetzes v. 4. Dezember 1899 (Erl. 5) bestellten Vertreter ist **der Treuhänder des Hypothekenbankgesetzes** v. 13. Juli 1899. Er ist nicht Vertreter der Gläubiger (vgl. Hypothekenbankges. §§ 29—34, 36; Schultze in Iherings Jahrb. 43 S. 96ff.).

§. 1190. Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im Uebrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Grundbuch eingetragen werden.

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet.

Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist.

Die Forderung kann nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist der Uebergang der Hypothek ausgeschlossen.

---

§ 1190.

E. I § 1129; II § 1096 rev. § 1175; III § 1173. P. I S. 4946 f., 4955 ff., 5375 ff., 6243, 6248, 6267, 6272; M. III S. 767 ff. P. II Bd. 3 S. 688 ff.; Bd. 6 S. 259.

1. Durch § 1190 Abs. 1 Satz 1 werden die sog. **Maximal-, Kautions-, Ultimat- oder Höchstbetragshypotheken** zugelassen. Hierunter sind Hypotheken zu verstehen, bei denen der Betrag der gesicherten Forderung in dem Grundbuche nicht bestimmt bezeichnet wird, sondern späterer Feststellung vorbehalten bleibt. Nicht erforderlich ist, daß die Forderung auch ihrem Grunde nach ungewiß ist; eine Kautionshypothek kann nicht nur für künftige und bedingte, sondern auch für bereits bestehende Forderungen bestellt werden. Selbst daß der Umfang der Verpflichtung bereits objektiv feststeht, steht der Zulässigkeit der Bestellung einer Kautionshypothek nicht entgegen, sofern nur der Betrag der Forderung im Grundbuche nicht bestimmt bezeichnet wird; umgekehrt können die Beteiligten auch, obwohl der Betrag noch unbestimmt ist, eine gewöhnliche Hypothek eintragen lassen (S. 524 Erl. 5 zu § 1113). Daß anderseits nicht vorausgesetzt wird, daß das Rechtsverhältnis, aus welchem die zu sichernde Forderung entspringen soll, bereits besteht, ergibt sich aus § 1113 Abs. 2 (s. Erl. 2d).

Die Kautionshypotheken werden namentlich zur Sicherstellung von Kaufleuten für ihre Forderungen aus einer laufenden Geschäftsverbindung, insbesondere eines Bankiers für die Gewährung eines laufenden Kredits (sog. Kredithypothek, s. Oberneck in Z. d. DNotVer. 1904 S. 75 ff., Merckens das. 1905 S. 541 ff.), ferner für die Ansprüche gegen den Verwalter eines fremden Vermögens oder gegen einen Kassenführer, für Ansprüche des Verpächters gegen den Pächter 2c. bestellt. Auch Nebenansprüche werden vielfach durch Kautionshypotheken hypothekarisch gesichert (S. 531 Erl. 4b zu § 1115; vgl. das. S. 533 f. Erl. 5c). Ein weiterer Fall der Maximalhypothek ist die Arresthypothek, da der in dem Arrestbefehle gemäß der CPO. § 923 festzustellende Geldbetrag als der Höchstbetrag der Haftung des Grundstücks zu bezeichnen ist (CPO. § 932; vgl. S. 693 Vorbm. 3d vor § 1184).

Für diese sog. Kautionshypotheken gelten einige Besonderheiten, während sie im übrigen den Regeln der Sicherungshypothek unterstehen.

2. **Die Bestellung der Kautionshypotheken** erfolgt, wie die der Sicherungshypotheken überhaupt, grundsätzlich durch Einigung und Eintragung. Über die Ausnahmen von dem Erfordernisse der **Einigung** vgl. S. 518 Vorbm. 4a; von den dort genannten Fällen kommen vor allem die Arresthypotheken und die Sicherungshypotheken an Grundstücken des Vormundes 2c. gemäß § 54 des FGG. hier in Betracht. Gegenstand der Einigung muß die Begründung einer Maximalhypothek sein. Hat sich der Gläubiger mit dem Eigentümer über eine Sicherungshypothek mit bestimmtem Betrag oder über eine Verkehrshypothek geeinigt, so würde die eingetragene Maximalhypothek nichtig sein, es sei denn, daß der Gläubiger sie nachträglich annimmt; nach dem S. 635 ff. Erl. 2 zu § 1163 Gesagten würde sie nicht einmal zur Eigentümergrundschuld werden. Dies ist eine selbstverständliche Folge der Natur der Einigung. Ebenso selbstverständlich ist, daß die Einigung sich darauf beziehen muß, welche gegenwärtigen oder künftigen Forderungen gesichert sein sollen. Alles dieses bedurfte keiner besonderen Bestimmung. Dagegen sind im § 1190 mehrere die **Eintragung** betreffende Besonderheiten aufgeführt.

a) Angabe des Höchstbetrags. Da ein bestimmter Betrag der Forderung nicht angegeben wird, kann die Vorschrift des § 1115 nicht unverändert zur Anwendung kommen. An die Stelle des Geldbetrags der Forderung tritt der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll.

Seine Angabe im Grundbuch ist durch das Spezialitätsprinzip geboten (M. III S. 767). Ein Verstoß gegen die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 macht die Hypothek nichtig; die Eintragung ist ihrem Inhalte nach unzulässig und von dem Grundbuchamte gemäß § 54 der GBO. von Amts wegen zu löschen. Über die vor dem Inkrafttreten des Reichsgrundbuchrechts bestehenden Hypotheken vgl. Bd. VI S. 388 Erl. 4b zu Art. 192.

Eine selbstverständliche Folge der Vorschrift des § 1190 Abs. 1 Satz 2 ist die Notwendigkeit der Angabe des Höchstbetrags in der einstweiligen Verfügung, wenn auf Grund einer solchen die Eintragung der Maximalhypothek erfolgen soll (vgl. Rspr. 3 S. 364).

Daß die Unbestimmtheit des Betrags der gesicherten Forderung die Vorschrift des § 800 der CPO. über die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung unanwendbar macht, ist oben S. 534 Erl. 6 zu § 1115 bereits erwähnt (vgl. Merckens a. a. O. S. 546ff.).

b) Während bei einer gewöhnlichen Sicherungshypothek neben dem Geldbetrage der Forderung **der Zinssatz und der Geldbetrag etwaiger anderer Nebenleistungen** im Grundbuch angegeben werden kann und muß, wenn das Grundstück dafür haften soll (S. 530ff. Erl. 4 zu § 1115), ist bei der Maximalhypothek eine solche Angabe ausgeschlossen (KG. 13 S. 151). Der Höchstbetrag begreift die gesamte Forderung in sich, für welche nach dem Begründungsvertrage die Haftung des Grundstücks in Aussicht genommen ist, also nicht nur das später festzustellende Kapital, sondern auch die etwa von demselben zu entrichtenden Nebenleistungen. Deshalb muß deren Eintragung in das Grundbuch unterbleiben (M. III S. 767f. Ziff. 3). Dies war hinsichtlich der Zinsen im E. I § 1129 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 ausdrücklich ausgesprochen. In dem E. II fehlt diese Bestimmung, eine sachliche Änderung ist damit aber nicht beabsichtigt (P. II Bd. 3 S. 689f.). Die Unzulässigkeit der Eintragung ist eine selbstverständliche Folge der Vorschrift des Abs. 2. In dieser ist freilich nur von den Zinsen die Rede (ebenso in den M. III und P. II a. a. O.). Ihnen werden aber andere Nebenleistungen wegen der Gleichheit des Grundes in diesem Punkte gleichzustellen sein.

c) Nach der Regel des § 1184 Abs. 2 muß die **Sicherungshypothek im Grundbuch als solche bezeichnet** werden. Nach Abs. 3 bedarf es bei der Maximalhypothek dieser Bezeichnung **nicht**. Daraus, daß kein bestimmter Forderungsbetrag, sondern nur der Höchstbetrag der Haftung des Grundstücks eingetragen ist, ergibt sich ohne weiteres die Natur der eingetragenen Hypothek als einer Maximalhypothek und folglich als einer Sicherungshypothek.

d) Zweifelhaft ist, ob bei einer Maximalhypothek der **Grund der Forderung**, das Rechtsverhältnis, aus welchem diese entspringen soll, entweder durch einen ausdrücklichen Vermerk im Grundbuch oder wenigstens durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung **einzutragen ist** oder ob auch in diesem Punkte eine Ausnahme von § 1115 (S. 532 Erl. 5a zu § 1115) gilt. Für die letztere Alternative spricht der Wortlaut des Gesetzes. Während in dem E. I § 1129 Abs. 1 nur von einem Vorbehalte der Feststellung des Betrags der Forderung die Rede war, läßt § 1190 Abs. 1 Satz 1 den Vorbehalt der „Feststellung der Forderung" schlechthin zu. Allerdings ist es nicht unbedenklich, diese Fassung als genügende Ausnahmevorschrift anzusehen, weil der Grund der Fassungsänderung aus den Materialien nicht erhellt. Die neue Fassung findet sich bereits im E. II § 1096, obwohl die der zweiten Kommission vorliegenden Anträge insoweit mit dem E. I übereinstimmten (P. II Bd. 3 S. 688f.; vgl. Grützmann in Krit. VJSchr. 45 S. 259ff.). Sachlich ist immer notwendig, daß durch die Einigung der Parteien die Forderungen festgestellt sind, für welche die Hypothek haften soll. Der Kreis dieser Forderungen kann enger oder weiter begrenzt sein; zulässig ist z. B. auch die Bestellung einer Maximalhypothek für alle Forderungen, welche der Gläubiger gegen den Eigentümer oder gegen einen bestimmten anderen hat oder erwerben wird (KG. 5 S. 160). Die Eintragung der Begrenzung dürfte für die Gültigkeit der Hypothek nicht wesentlich, insbesondere also, wenn die Hypothek nur für Forderungen haften soll, die auf einem bestimmten Grunde beruhen, die Eintragung dieses Grundes nicht unbedingt erforderlich sein. Die Angabe des Grundes wird z. B. nicht für erforderlich gehalten von dem preuß. Justizmin. ausweislich des der Allg. Verf. v. 20. November 1899 als Anlage A beigefügten Formulars Abt. III lfd. Nr. 5, wo der Eintragungsvermerk lautet: „Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von fünfhundert Mark für den Zimmermeister Hermann Zander in Seefeld eingetragen am 4. März 1908", ferner von Achilles-Strecker, GBO. S. 61 u. a. Dagegen halten die Eintragung oder die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung für notwendig Boehm S. 294 Ziff. II, Biermann S. 417 Erl. 1, Hachenburg, Vorträge S. 597, Gierke, D. Privatr. II S. 907 § 163 Anm. 44, Grützmann a. a O., Willenbücher S. 254 Erl. 5, Fuchs S. 619 Erl. 5. Damit kein Zweifel darüber bestehen kann, ob die Forde-

rungen in den durch die Kautionshypothek gesicherten Geschäftskreis fallen oder nicht, ist die Angabe des Rechtsverhältnisses im Grundbuch oder die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung jedenfalls zu empfehlen (s. bay. Dienstanw. v. 27. Febr. 1905 § 419 Abs. II). Hieran ist vor allem der Gläubiger interessiert; denn ihm liegt der Beweis ob sowohl dafür, daß ihm eine Forderung zusteht, als auch daß für sie die Hypothek besteht. Nach KG. 23 S. A 237 ist, sofern die Eintragungsbewilligung ein bestimmtes Rechtsverhältnis oder eine bestimmte Geschäftsverbindung der Beteiligten bezeichnet, denen die zu sichernden Forderungen angehören sollen, diese Bezeichnung mindestens durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung in das Grundbuch aufzunehmen.

e) Über die Unzulässigkeit der Bestellung einer Maximalhypothek für **mehrere Gläubiger alternativ oder** in erster Linie für den einen, **eventuell** für den anderen s. oben S. 523 Erl. 4 a. E. zu § 1113, S. 682 Erl. 2 zu § 1180.

3. Von der Eintragung der Hypothek abgesehen, enthält der § 1190 nur zwei **Sonderbestimmungen** für die Maximalhypothek.

a) Die in Erl. 2b bereits erwähnte Bestimmung des Abs. 2, welche die **Einrechnung der Zinsen in den Höchstbetrag** vorschreibt, gilt nicht nur für rechtsgeschäftliche, sondern auch für gesetzliche Zinsen. Um dies klarzustellen, ist der im E. I § 1129 Abs. 3 Satz 1 hinter dem Worte „Zinsen" stehende Relativsatz „für welche das Grundstück in Gemäßheit der Begründung der Hypothek haftet" von der zweiten Kommission gestrichen (P. II Bd. 3 S. 689). Demnach enthält Abs. 2 eine Einschränkung der Vorschrift des § 1118, nach welcher das Grundstück kraft der Hypothek auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung haftet. Die weitere Bestimmung des § 1118 gilt dagegen auch für die Maximalhypothek; auch bei dieser haftet das Grundstück über den eingetragenen Höchstbetrag hinaus für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (M. III S. 768 Ziff. 3; vgl. RG. in Gruch. 32 S. 1088).

Daß die Vorschrift des Abs. 2 nur Bedeutung hat, solange die Maximalhypothek als solche eingetragen ist, dagegen der Eintragung eines Zinssatzes bis zu 5% bei der Umwandelung der Maximalhypothek in eine Hypothek von einem bestimmten Betrage nicht entgegensteht, auch wenn der Kapitalbetrag den Höchstbetrag erreicht, ist S. 700 Erl. 4 zu § 1186 bereits erörtert.

b) Im Gegensatze zu §§ 1153, 1154, welche die **Abtretung** der durch eine Sicherungshypothek gesicherten Forderung nur mit der Hypothek zulassen und an die für die Übertragung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstücke vorgeschriebene Form der Einigung und Eintragung knüpfen (S. 698 Erl. 2a, b zu § 1185), gestattet Abs. 4 die Übertragung der durch eine Maximalhypothek gesicherten Forderung nach den Vorschriften der §§ 398ff. und ohne die Hypothek. Diese Sonderbestimmung ist damit begründet, daß die unbeschränkte Anwendung jener Paragraphen auf den Fall, in welchem eine einzelne Forderung aus dem durch die Hypothek gesicherten Verhältnisse während der Dauer desselben übertragen wird, nicht angemessen sein würde, weil sie zu einer Minderung der Sicherheit für das Schlußguthaben führen, hierdurch aber mit der Absicht der Beteiligten bei der Bedründung der Hypothek nicht selten in Widerspruch treten müßte (M. III S. 768). Demnach genügt zur Abtretung der durch die Maximalhypothek gesicherten Forderung ein formloser Vertrag, soweit nicht die rechtliche Natur dieser Forderung die Beobachtung besonderer Formvorschriften fordert (Bd. II S. 271 Erl. 3 zu § 398). Wird die Forderung in dieser Weise, ohne Eintragung in das Grundbuch, abgetreten, so erwirbt der neue Gläubiger nur das Forderungsrecht, nicht die Hypothek; das Schicksal der abgetretenen Forderung ist für die Hypothek fortan ohne jede Bedeutung. Letztere steht nun dem bisherigen Gläubiger zur Sicherung für seine übrigen bereits bestehenden oder künftig entstehenden Forderungen aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse zu (vgl. P. II Bd. 3 S. 690; Hachenburg, Vorträge S. 599f.; Boethke in Gruch. 45 S. 187f.); hat aber der Gläubiger sämtliche gesicherte Ansprüche ohne die Hypothek abgetreten, so wird diese zur Eigentümergrundschuld (s. Predari S. 232f., Fuchs S. 624 Erl. 18f., Turnau-Förster I S. 835f. Erl. 9; abw. Rathenau im Arch. f. Bürg. R. 17 S. 192, der den § 1169 anwenden will; a. M. Biermann S. 418 Erl. 4, Oberneck I S. 962, Willenbücher S. 256 Erl. 8, nach denen der Abs. 4 nur auf einen Einzelanspruch Anwendung findet). Erfolgt dagegen die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch, so geht auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über (KG. 28 S. A 269). Die Abtretung der gesicherten Forderung mit der Hypothek setzt die Feststellung des Betrags der Forderung nicht voraus und ändert die rechtliche Natur der Hypothek nicht, diese bleibt eine Höchstbetragshypothek (KG. 24 S. A 253); nur wenn eine oder mehrere dem Betrage nach bestimmte Einzelansprüche abgetreten

werden, erhält die abgetretene Hypothek (oder Teilhypothek) den Charakter einer gewöhnlichen Sicherungshypothek (s. Predari S. 233). Erreicht die abgetretene Forderung den Höchstbetrag, so besteht für den etwaigen Rest der Forderung des bisherigen Gläubigers keine Hypothek mehr. Erreicht sie den Höchstbetrag nicht, so dient der Restbetrag nach wie vor zur Sicherung des bisherigen Gläubigers für dessen Forderungen. Wird der neue Gläubiger befriedigt, so fällt der auf ihn übertragene Teilbetrag der Hypothek nicht etwa an den Zedenten zurück, sondern geht nach § 1163 Abs. 1 auf den Eigentümer über, sofern nicht einer der Ausnahmefälle gegeben ist, in denen der persönliche Schuldner oder ein Dritter die Hypothek erwirbt (M. III S. 769). Ob der neue Gläubiger die Abtretung der Hypothek zu fordern berechtigt ist oder sich mit der Übertragung der Forderung begnügen muß, richtet sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse.

Die Abtretung der Hypothek allein ohne die bereits bestehende oder künftig entstehende Forderung ist auch bei der Höchstbetragshypothek unzulässig (s. RG. 28 S. A 269; oben S. 610 Erl. 2, 3 zu § 1153; Scholz in DJZ. 1901 S. 384).

Auf die Übertragung der Forderung kraft Gesetzes findet Abs. 4 keine Anwendung, wohl aber nach §§ 1069, 1274 auf die Belastung der Forderung mit Nießbrauch oder Pfandrecht.

Mit der Vorschrift des Abs. 4 steht die Bestimmung der CPO. § 837 Abs. 3 im Einklange; nach dieser kann bei einer Maximalhypothek die Hauptforderung nach den allgemeinen Vorschriften, also ohne Eintragung in das Grundbuch, gepfändet und überwiesen werden, wenn der Gläubiger die Überweisung der Forderung ohne die Hypothek an Zahlungsstatt beantragt.

4. Übergang der Höchstbetragshypothek auf den Eigentümer und auf den persönlichen Schuldner. Weitere Besonderheiten der Maximalhypotheken ergeben sich auch ohne besondere Bestimmungen aus deren Natur. So hat die Befriedigung des Gläubigers nicht stets dieselbe Wirkung wie bei einer sonstigen Sicherungshypothek, weil die Maximalhypothek für eine Forderung bestellt ist, deren Betrag möglicherweise den Höchstbetrag der Haftung des Grundstücks übersteigt, und das Grundstück bis zu dem Höchstbetrage für jeden Teil der Forderung haftet. Daraus ergeben sich Zweifel hinsichtlich der Anwendung der Vorschriften über die Eigentümerhypothek und über den Übergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner.

a) Dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek steht die Maximalhypothek wie jede andere Hypothek nur zu, soweit die Forderung, zu deren Sicherung sie dienen soll, nicht zur Entstehung gelangt, nicht etwa soweit die Forderung bei der Beendigung des der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses oder bei der Feststellung des Betrags hinter dem Höchstbetrage zurückbleibt (a. M., wie es scheint, OLG. Jena in RJA. 2 S. 198). Der Unterschied zwischen diesen beiden Auffassungen besteht darin, daß nach der letzteren Meinung jede Zahlung, welche während der Dauer des Rechtsverhältnisses oder vor der Feststellung des Betrags von dem persönlichen Schuldner geleistet wird, dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung zugute kommen würde, während sie nach der hier vertretenen Ansicht für die Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 außer Betracht bleibt und höchstens auf Grund des § 1163 Abs. 1 Satz 2 (s. Erl. b) dem Eigentümer zur Zeit der Zahlung eine Hypothek verschafft. Jene Auffassung würde zur Folge haben, daß zugunsten des Hypothekbestellers und zum Nachteile der späteren Eigentümer des belasteten Grundstücks die Anwendung des ersten Satzes des § 1163 Abs. 1 erweitert und die des zweiten Satzes eingeschränkt werden würde; letztere Vorschrift würde dann nur auf eine Tilgung der Forderung nach der endgültigen Feststellung des Betrags Anwendung finden. Das Gesetz bietet aber keinen Anhaltspunkt, welcher zu einer solchen von den allgemeinen Grundsätzen abweichenden Auffassung des Verhältnisses berechtigte. Insbesondere ist mit der Natur der Maximalhypothek die Regel durchaus vereinbar, daß dem Hypothekbesteller die Hypothek nur bis zur Entstehung der Forderung als Eigentümergrundschuld zusteht. Erreicht also der Gesamtbetrag der Forderung, für welche die Maximalhypothek bestellt ist, den eingetragenen Höchstbetrag, so steht dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung auf Grund des § 1163 Abs. 1 Satz 1 eine Eigentümergrundschuld selbst dann nicht zu, wenn infolge der im Laufe der Zeit geleisteten Zahlungen der jeweilig geschuldete Betrag erheblich hinter dem Höchstbetrage zurückgeblieben ist. Wie eine Zahlung bleibt auch jedes sonstige Erlöschen der Forderung für die Anwendung dieser Vorschrift außer Betracht.

Eine Erweiterung der Rechte des Hypothekbestellers kann im Falle der Bestellung der Hypothek für künftig entstehende Forderungen einer bestimmten Art durch eine Vereinbarung unter den Parteien herbeigeführt werden, nach welcher der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger erst in dem Zeitpunkt erfolgen soll, in welchem der Gläubiger dem Eigentümer gegenüber nach der Entstehung einer Forderung der fraglichen Art erklärt, daß er die Hypothek für

diese Forderung geltend mache. Im Falle einer solchen Vereinbarung bleibt die Hypothek Eigentümergrundschuld des Hypothekbestellers bis dahin, daß die gedachte Erklärung erfolgt, und sie bleibt es für immer, wenn die Erklärung überhaupt nicht erfolgt, etwa weil alle Forderungen der in Frage stehenden Art von dem Schuldner berichtigt werden. Die Erklärung gegenüber dem Eigentümer braucht nicht in einer bestimmten Form abgegeben zu werden. Jede Art der Geltendmachung der Hypothek gegen den Eigentümer genügt. Als genügend wird man auch anzusehen haben, wenn der Gläubiger nach der Veräußerung des Grundstücks die Befriedigung von dem neuen Eigentümer, welcher nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, annimmt. Dieselbe Wirkung wie durch die Geltendmachung muß eintreten, wenn der Gläubiger die Forderung mit der Hypothek abtritt. Eine in dieser Art erfolgende Regelung des Verhältnisses bietet manche praktische Vorteile und es könnte in Frage kommen, ob man sie bei einer Maximalhypothek, die nicht für bereits entstandene Forderungen (z. B. für alle Forderungen aus einer bereits abgeschlossenen Verwaltung oder aus einem bereits beendigten Pachtverhältnisse), sondern für erst künftig entstehende Forderungen bestellt ist, nicht ohne weiteres als der Absicht der Parteien entsprechend und deshalb als stillschweigend vereinbart anzusehen hat. Dies dürfte indessen bedenklich sein, weil es sich doch immerhin um eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelung handelt, durch welche neben dem praktischen Vorteil unter Umständen auch Nachteile für die Parteien eintreten können.

Nicht zu billigen ist auch die früher von dem OLG. Dresden (Rspr. 4 S. 377, 5 S. 334, CBl. f. FG. 3 S. 466, 753; anders das. 4 S. 627, 628, 5 S. 373) und Reinhard (im Recht 1902 S. 31, CBl. f. FG. 3 S. 41; anders das. S. 461) sowie von Schreiber (Sächs. Arch. 13 S. 327), Kretzschmar (I S. 413ff., im CBl. f. FG. 4 S. 195, 627) und Dernburg (III § 243 Anm. 7) vertretene Ansicht, daß die Eigentümerhypothek stets dem Eigentümer zur Zeit der Feststellung der Forderung zustehe und daß im Zwangsversteigerungsverfahren, wenn die Forderung zur Zeit des Zuschlags noch nicht festgestellt sei, der nicht valutierte Betrag den nachstehenden Realberechtigten zugute komme, daß insbesondere, wenn die Maximalhypothek in das geringste Gebot falle, der Ersteher auf Grund der §§ 14, 50, 125 des ZVG. zu einer Zuzahlung für den Fall verpflichtet sei, daß die Forderung bei ihrer endgültigen Feststellung den eingetragenen Höchstbetrag nicht erschöpfen sollte. Die Maximalhypothek ist keine bedingte Hypothek im Sinne der §§ 14, 50 ZVG. (s. oben S. 524 Erl. 5 zu § 1113; Lafrenz in Gruch. 46 S. 335). Im Zwangsversteigerungsverfahren kommt der nicht valutierte Teil der Hypothek nicht den nachstehenden Realberechtigten, sondern dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek zugute. Der § 1163 Abs. 1 Satz 1 findet auf die Höchstbetragshypothek uneingeschränkt Anwendung (s. RG. 49 S. 162, 55 S. 217; Rspr. 4 S. 194; Oberneck in Gruch. 47 S. 331; Jaeckel in CBl. f. FG. 4 S. 203, 279).

Die in der Praxis herrschende Meinung (insbesondere RG. 51 S. 115, 55 S. 217, JW. 1905 S. 434; ferner KG. 28 S. A 269, RJA. 5 S. 270, Rspr. 4 S. 74, 377, s. Dernburg III § 243 Ziff. 8) nimmt aber insofern eine Abweichung von der Regel des § 1163 Abs. 1 Satz 1 an, als sie lehrt, daß die Höchstbetragshypothek nicht bis zur Entstehung der gesicherten Forderung Eigentümergrundschuld sei, sondern mit der Eintragung von dem Gläubiger erworben werde und erst bei der endgültigen Feststellung der Forderung auf den Eigentümer (z. Zt. der Bestellung) übergehe, wenn und soweit die Forderungen, zu deren Sicherung die Hypothek eingetragen ist, unter dem eingetragenen Höchstbetrage bleiben. Indessen auch diese Besonderheit ist schwerlich gerechtfertigt. Da eine Verkehrshypothek für eine bedingte oder sonstige künftige Forderung erst mit der Entstehung der Forderung auf den Gläubiger übergeht und bis dahin Eigentümergrundschuld bleibt (s. S. 638 Erl. 3c zu § 1163), so ist kein Grund ersichtlich, weshalb eine Höchstbetragshypothek anders behandelt werden soll. Das in Erl. 4c zu § 1177 (S. 674) Gesagte gilt daher auch für diese (s. Fuchs S. 621 Erl. 11; Predari S. 305; Hirsch im Arch. f. Bürg. R. 25 S. 235ff.). Insbesondere ist auch die Pfändung der Eigentümergrundschuld vor der endgültigen Feststellung des Betrags der Forderung für zulässig zu erachten, soweit die zur Zeit der Pfändung entstandenen Ansprüche hinter dem eingetragenen Höchstbetrage nachweisbar zurückbleiben (s. RJA. 2 S. 198, Oberneck I S. 959; a. M. Rspr. 4 S. 74), und diese Pfändung ist auch eintragbar (RJA. 2 S. 198; a. M. RJA. 5 S. 270, Biermann S. 418 Erl. 3). Die Rechte des Pfändungspfandgläubigers sind aber ebenso wie die des Eigentümers selbst dadurch bedingt, daß nicht noch weitere unter die Hypothek fallende Ansprüche des Gläubigers entstehen; die Pfändung bleibt also nur insoweit wirksam, als die entstandenen und künftig entstehenden Forderungen den Höchstbetrag nicht erreichen (RG. 51 S. 115; Hirsch a. a. O. S. 237ff., 246).

b) Zweifelhaft ist, welche Bedeutung den Zahlungen, welche der persönliche Schuldner der durch die Maximalhypothek gesicherten Forderung vor der Feststellung ihres Betrags leistet, auf Grund der Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 beizumessen ist. Aus dieser Vorschrift könnte man entnehmen, daß die Hypothek für den getilgten Teil der Forderung, soweit ihr Betrag den Höchstbetrag nicht übersteigt, Eigentümergrundschuld wird und für den Rest der Forderung nicht weiter in Betracht kommt, so daß der Gläubiger jede hypothekarische Sicherung für seine Restforderung verliert, wenn der getilgte Betrag den Höchstbetrag erreicht oder übersteigt, und anderenfalls die Hypothek nur zu dem überschießenden Betrage behält. Ist z. B. an den Gläubiger, zu dessen Gunsten eine Kredithypothek zum Höchstbetrage von 10000 Mark bestellt ist, eine aus dem gesicherten Rechtsverhältnis entstandene Forderung von 10000 Mark bezahlt, so würde nach dieser Auffassung die Hypothek zum vollen Betrag Eigentümergrundschuld geworden sein und nicht mehr zur Sicherung weiterer Forderungen des Gläubigers aus jenem Rechtsverhältnisse dienen. Dies entspricht aber nicht der Absicht und dem Wesen der Maximalhypothek, weil sie für alle aus dem betreffenden Rechtsverhältnis entstehenden Forderungen bestehen soll. Soweit sie für diese bestehen bleibt, kann sie nicht Eigentümergrundschuld werden. Mit der Natur und dem Zwecke der Maximalhypothek ist es auch unvereinbar, wenn man die Hypothek, falls die ganze Forderung den Höchstbetrag übersteigt, für jeden Teil nur im Verhältnisse des Höchstbetrags zu dem Betrage der ganzen Forderung haften lassen und dem Eigentümer zur Zeit der Tilgung eines Teilbetrags einen verhältnismäßigen Teil der Hypothek als Eigentümergrundschuld zuteilen würde. Da die Maximalhypothek dem Gläubiger für den ganzen Betrag seiner Forderung Sicherheit gewähren soll, haftet das Grundstück bis zu dem Höchstbetrage für jeden Teil der Forderung. Die Hypothek besteht also, wenn die Forderung zu einem Teile erlischt, für den Rest der Forderung in gleicher Weise fort, wie wenn der erloschene Teil der Forderung niemals bestanden hätte. Daraus folgt, daß durch das Erlöschen der derzeitige Eigentümer eine Eigentümergrundschuld zu dem erloschenen Betrage nur unter der Voraussetzung erwirbt, daß der nach Abzug dieses Betrags übrig bleibende Betrag der Hypothek die sonstigen gegenwärtigen und künftigen Forderungen, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt ist, noch deckt (s. RG. 56 S. 322, in JW. 1902 Beil. S. 203; a. M. Fuchs S. 622 Erl. 13). Bei Berechnung der Höhe des Restes der Forderung bleiben wie in dem unter a erörterten Falle etwaige spätere Zahlungen außer Betracht. Wenn also z. B. der eingetragene Höchstbetrag 12000 Mark und der Gesamtbetrag der Forderung des Gläubigers 24000 Mark beträgt, so entsteht durch die Zahlung von 6000 Mark eine Eigentümergrundschuld für den derzeitigen Eigentümer weder (wie nach der zuerst erwähnten Auffassung anzunehmen wäre) in Höhe von 6000 Mark noch (nach der zweiten Auffassung) in dem Verhältnisse von 24000 zu 12000, also in Höhe von 3000 Mark, sondern überhaupt nicht, weil der Rest der Forderung von 18000 Mark den Höchstbetrag von 12000 Mark übersteigt. Wenn sich dagegen die ganze Forderung nur auf 15000 Mark beläuft, so erwirbt der Eigentümer zur Zeit der Zahlung von 6000 Mark eine Eigentümergrundschuld von 3000 Mark, weil der Rest der Forderung von 9000 Mark noch durch den von dem Höchstbetrage verbleibenden Rest gedeckt wird. Wird in diesem Falle noch ein weiterer Teil der Forderung in Höhe von 6000 Mark durch den persönlichen Schuldner bezahlt, so erwirbt derjenige, welcher zu dieser Zeit Eigentümer ist, die Eigentümergrundschuld zu dem ganzen Betrage von 6000 Mark, weil der von dem Höchstbetrage verbleibende Rest von 3000 Mark noch den Rest der Forderung deckt. Erst nachdem feststeht, wie hoch der Betrag der ganzen Forderung ist, läßt sich also bestimmen, ob und zu welchem Betrag und für welchen Eigentümer eine Eigentümergrundschuld entstanden ist. Hieraus ist aber nicht zu folgern, daß erst im Augenblicke der Feststellung des Betrags die Eigentümergrundschuld entsteht; sie wird vielmehr schon mit dem Erlöschen der Teilforderung von dem derzeitigen Eigentümer erworben, aber nur unter der Bedingung, daß der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht (vgl. P. II Bd. 3 S. 690 ff.).

Von diesen Sätzen wird man aber mit Fuchs S. 621 Erl. 12 und Bruck (Eigentümerhyp. S. 180 ff.) eine Ausnahme für den Fall gelten lassen müssen, daß die Maximalhypothek für die Ansprüche aus einem Kontokurrentverhältnis oder aus einem ähnlichen Geschäftsverkehre bestellt ist, bei der nach dem Willen der Beteiligten erst durch die am Schlusse des Geschäftsverkehrs oder nach Ablauf eines gewissen Zeitraums erfolgende Abrechnung die Höhe der Forderung festgestellt wird. In einem solchen Falle findet das Gesagte nur auf die zur Tilgung eines anerkannten Saldos geleisteten Zahlungen Anwendung. Die sonstigen Zahlungen übertragen die Hypothek nicht auf den Eigentümer zur Zeit der Zahlung, sondern verhindern die

Entstehung der gesicherten Forderung und kommen daher dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek zugute (s. auch **Merckens** in Z. d. D.Not.Ver. 1905 S. 552ff.).

c) Das unter b Gesagte gilt auch für den Fall, daß der Gläubiger der Maximalhypothek für einen Teil der Forderung auf die Hypothek **verzichtet** (§ 1168; vgl. P. II a. a. O.).

d) Auch dem von dem Eigentümer verschiedenen **persönlichen Schuldner** fällt, wenn dieser den Gläubiger befriedigt und von dem Eigentümer Ersatz fordern kann (§ 1164), die Hypothek nur unter der Bedingung zu, daß die Restforderung des Gläubigers hinter dem Höchstbetrage zurückbleibt (P. II Bd. 3 S. 691f.). Auch auf diesen Fall kommt das unter b Gesagte zur entsprechenden Anwendung.

e) Das unter b Gesagte findet keine Anwendung, wenn der Gläubiger wegen eines Teiles der gesicherten Forderung **aus dem Grundstücke befriedigt** wird (§ 1181) oder wenn **der nicht persönlich haftende Eigentümer oder ein Ablösungsberechtigter** den Gläubiger wegen einer Teilforderung **befriedigt** und dadurch die Teilforderung nebst Hypothek erwirbt (§§ 1143, 1150). Im Falle der Befriedigung aus dem Grundstück erlischt die Hypothek in Höhe des Teilbetrags und geht, wenn die Maximalhypothek eine Gesamthypothek ist, an den mitverhafteten Grundstücken unter den Voraussetzungen des § 1182 auf denjenigen Eigentümer über, aus dessen Grundstücke die Befriedigung erfolgt ist, ohne daß das Erlöschen sowie dieser Übergang davon abhängig ist, ob der Rest der Forderung des Gläubigers den Höchstbetrag erreicht. Auch der Erwerb durch den nicht persönlich haftenden Eigentümer oder den Ablösungsberechtigten ist ein unbedingter; in diesen Fällen gilt dasselbe wie bei einer Teilabtretung durch Einigung und Eintragung (Erl. 3 b, vgl. P. II Bd. 3 S. 691f.).

5. Eine weitere Sondervorschrift für die Maximalhypotheken enthält § 2166 Abs. 3; auf sie findet die Vorschrift keine Anwendung, daß der **Vermächtnisnehmer**, welchem ein Nachlaßgrundstück vermacht ist, im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers einer auf diesem Grundstücke lastenden Hypothek verpflichtet ist, wenn der Erblasser der persönliche Schuldner der gesicherten Forderung oder zu deren Berichtigung dem Schuldner gegenüber verpflichtet war (s. Bd. V Erl. zu § 2166).

6. **Die Umwandelung der Maximalhypothek in eine Hypothek mit einem bestimmten Betrag** unterliegt, auch wenn diese eine Sicherungshypothek bleibt, denselben Vorschriften, wie die Umwandelung einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek, da sie wie diese eine Inhaltsänderung des dinglichen Rechtes darstellt. Es kommt daher das S. 699f. Erl. 2, 4 zu § 1186 Gesagte zur Anwendung. **Die Feststellung des Betrages der gesicherten Forderung**, die außerhalb des Grundbuchs erfolgt, ändert die rechtliche Natur der Hypothek nicht und ist ohne dingliche Wirkung (s. **Biermann** S. 419 Erl. 5 b, **Willenbücher** S. 257 Erl. 12; a. M. **Fuchs** S. 625 Erl. 22). Bleibt der bei der Umwandelung festgestellte Betrag der Forderung hinter dem Höchstbetrage zurück, so sollte nach einem in der zweiten Kommission gestellten Antrage die **Hypothek für den Überschuß** als aufgehoben gelten, es sei denn, daß der Eigentümer sich bei der Feststellung durch einen in das Grundbuch eingetragenen Vorbehalt die Hypothek für den Überschuß vorbehalten hat. Dieser Antrag ist abgelehnt. Der Überschuß wird stets zur Eigentümerhypothek, sofern er nicht bei der Eintragung der Feststellung des Betrags gelöscht wird (P. II Bd. 3 S. 692f.). Zu dieser Löschung ist nach § 1183 die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Hat im Laufe des Bestehens der Maximalhypothek das Eigentum an dem Grundstücke gewechselt, so steht nach dem in Erl. 4 Gesagten die Eigentümerhypothek nicht schlechthin dem Eigentümer zur Zeit der Feststellung des Betrags der Forderung zu. Infolgedessen bedarf es auch zur Löschung oder zu einer sonstigen Verfügung über den Überschuß des Nachweises, daß die früheren Eigentümer nicht Ansprüche auf die Eigentümerhypothek haben, daß diese nicht dem Hypothekbesteller zusteht, weil die Forderung in Höhe des eingetragenen Höchstbetrags entstanden ist, und auch nicht durch eine Teilzahlung ꝛc. auf einen früheren Eigentümer übergegangen ist. Dieser Nachweis wird ohne die Zustimmung der früheren Eigentümer schwer zu erbringen sein (a. M. **Fuchs** S. 626 Erl. 23, der nur eine Einigung zwischen dem Gläubiger und dem derzeitigen Eigentümer für erforderlich hält).

Zur Bewilligung der Umwandelung ist der Eigentümer kraft Gesetzes nicht verpflichtet (RG. 49 S. 162). Zur **Geltendmachung der Hypothek** ist diese nicht erforderlich. Der Gläubiger hat nicht ein durch die Feststellung bedingtes Recht. Ihm liegt nur der Nachweis der Forderung ob, sofern die Sicherungshypothek nicht in eine Verkehrshypothek umgewandelt ist. Zu dem Nachweise genügt dem Eigentümer gegenüber eine Anerkennung seitens des mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldners oder eine Verurteilung des letzteren nicht (a. M. **Fuchs** S. 625 Erl. 22). Wie eine Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem

Zweiter Titel.

Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§. 1191. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Grundschuld).

Die Belastung kann auch in der Weise erfolgen, daß Zinsen von der Geldsumme sowie andere Nebenleistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind.

Gläubiger oder ein zwischen ihnen geführter Rechtsstreit nicht gegen den persönlichen Schuldner wirkt (S. 699 Erl. 2 zu § 1186), wirken jene auch nicht gegen den Eigentümer.

Auch ohne Feststellung des Betrags der gesicherten Forderung ist die Umwandelung der Höchstbetragshypothek in eine sonstige Sicherungs- oder in eine Verkehrshypothek zulässig (RG. in JW. 1905 S. 291; a. M. KG. 25 S. A 173; Oberneck I S. 963 u. a.). Auch die gesicherte Forderung kann wechseln, ohne daß gleichzeitig eine Umwandelung der Hypothekenart erfolgt; so findet insbesondere bei der Kredithypothek der § 1180 auf einen Wechsel in der Person des Kreditempfängers oder des Kreditgebers (s. Erlanger in Monatsschr. f. Handelsr. u. Bankwesen 1905 S. 10) Anwendung.

7. **Übergangsbestimmung.** Über die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. auf die zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs bestehenden Kautionshypotheken vgl. Bd. VI S. 386 f. Erl. 3 zu Art. 192 sowie RG. 49 S. 162, 52 S. 59, 111, 411.

Zweiter Titel.

I. Grundschuld.

1. **Inhaltsübersicht.** Der zweite Titel des achten Abschnitts behandelt in dem ersten Unterabschnitte (§§ 1191—1198) die gewöhnliche Grundschuld, während in dem zweiten (§§ 1199—1203) die Sondervorschriften über die Rentenschuld enthalten sind. Im § 1191 ist zunächst die Zulässigkeit und der Begriff der Grundschuld bestimmt und in den §§ 1192—1197 ist ihre Regelung in der Weise erfolgt, daß im allgemeinen die entsprechende Anwendung der die Hypothek betreffenden Bestimmungen auf die Grundschuld vorgeschrieben ist, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt (§ 1192), und nur im übrigen die Besonderheiten der Grundschuld ausdrücklich bestimmt sind. Diese Sonderbestimmungen betreffen die Fälligkeit (§ 1193), den Zahlungsort (§ 1194), die Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs (§ 1195) und die Eigentümergrundschuld (§§ 1196, 1197). Schließlich läßt § 1198 die Umwandelung einer Hypothek in eine Grundschuld, einer Grundschuld in eine Hypothek zu.

2. **Vgl. im übrigen die Vorbm. zum achten Abschn.,** insbesondere S. 508 f. Vorbm. 2a über die Unterschiede zwischen der Hypothek und der Grundschuld, S. 510 ff. Vorbm. 2c über die Bedeutung des Grundschuldbriefs und die Verschiedenheiten der Briefgrundschulden und der Buchgrundschulden, S. 512 f. Vorbm. 2e über die Eigentümergrundschuld, S. 514 f. Vorbm. 2f über die Gesamtgrundschuld, S. 515 ff. Vorbm. 3 über die rechtliche Natur der Grundschuld, S. 518 f. Vorbm. 4 über die Entstehung, Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung, Rangänderung und Aufhebung der Grundschuld und S. 519 f. Vorbm. 5 über das Verhältnis der Bestimmungen des BGB. zu sonstigen Reichsgesetzen und zu den Landesgesetzen.

3. **Übergangsbestimmung.** Den Vorschriften des BGB. über die Grundschuld unterstehen grundsätzlich auch die von einer Forderung unabhängigen, selbständigen Kapitalbelastungen der Grundstücke, welche zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach näherer Vorschrift des EG. Art. 195 (vgl. Bd. VI S. 394 f. die Erl. zu Art. 195).

§ 1191.

E. I § 1135, II § 1100 rev. § 1176; III § 1174. P. I S. 5396 ff.; M. III S. 779 f. P. II Bd. 3 S. 708 f. D. S. 669. StB. S. 713 f., 738, 3072 f.

1. **Zulässigkeit und Begriff der Grundschuld.** Die Vorschrift des § 1191 Abs. 1 entspricht der des § 1113 Abs. 1; abgesehen von dem Fehlen der Worte „wegen einer ihm zustehenden

§. 1192. Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein Anderes ergiebt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

Für Zinsen der Grundschuld gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung.

Forderung" stimmt sie mit dieser wörtlich überein. Wie § 1113 Abs. 1 hinsichtlich der Hypothek, so bestimmt also § 1191 Abs. 1 hinsichtlich der Grundschuld die Zulässigkeit und den Begriff. In ersterer Hinsicht ist auf S. 521 Erl. 1 zu § 1113 und in letzterer auf S. 507ff. Vorbm. 2, 2a, S. 515ff. Vorbm. 3 sowie auf S. 521ff. Erl. 2—4 zu § 1113 zu verweisen. Das an der letzterwähnten Stelle Gesagte findet nur insoweit keine Anwendung auf die Grundschuld, als es das Bestehen einer Forderung als Voraussetzung der Hypothek hinstellt und daraus Folgerungen zieht. Während die Hypothek ein akzessorisches Recht ist, ist das Bestehen einer Forderung neben der Grundschuld zwar nicht unzulässig, aber für das dingliche Recht ohne Bedeutung. Besteht eine persönliche Forderung nicht, so kann der Grundschuldgläubiger nur aus dem Grundstück oder aus den Gegenständen, auf welche sich die Grundschuld erstreckt (§§ 1120—1131, 1192), im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung suchen. Eine Zahlungspflicht des Eigentümers begründet die Grundschuld ebensowenig wie die Hypothek; auch für einen etwaigen Ausfall des Grundschuldgläubigers bei der Zwangsvollstreckung haftet der Eigentümer nicht (anders früher in Hamburg und Lübeck, vgl. M. III S. 604f., 779f.). Da die Grundschuld von einer Forderung unabhängig ist, paßt auch der Anfangssatz der Erl. 4 zu § 1113, daß der Hypothekengläubiger Gläubiger der gesicherten Forderung sein muß, nicht auf die Grundschuld. Im übrigen gilt auch für sie das in Erl. 4 zu § 1113 sowie S. 528ff. Erl. 2 zu § 1115 über die Person des Gläubigers Gesagte (vgl. außerdem §§ 1195, 1196).

2. Der Abs. 2 spricht die Zulassung von **Zinsen oder anderen Nebenleistungen** bei den Grundschulden ausdrücklich aus, weil sonst aus dem Erfordernisse der Bestimmtheit der Geldsumme (Abs. 1) leicht der Schluß gezogen werden könnte, daß bei der Grundschuld ebenso wie bei der Wechselschuld die Verzinslichkeit ausgeschlossen sein sollte (vgl. M. III S. 780). Die Erweiterung der Belastung des Grundstücks durch Zinsen oder andere Nebenleistungen bedarf der Einigung und der Eintragung des Zinssatzes oder des Geldbetrags der Nebenleistungen in das Grundbuch (vgl. S. 530f. Erl. 4 zu § 1115); nur für gesetzliche Zinsen und für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung haftet das Grundstück ohne Eintragung (§ 1118). Für die Zinsen gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung (§ 1192 Abs. 2; s. Erl. 2 zu § 1192); auch die Nebenleistungen stehen den Nebenleistungen einer Hypothenforderung gleich (über den Begriff der Nebenleistungen s. S. 531 Erl. 4b zu § 1115).

3. Wie die Hypothek, kann auch die Grundschuld unter einer **Bedingung oder einer Zeitbestimmung** bestellt werden. Die abweichende Bestimmung des E. I § 1137, welche im Interesse der Verkehrsfähigkeit der Grundschuld getroffen war, ist von der zweiten Kommission gestrichen worden (M. III S. 787; P. II Bd. 3 S. 710). Für eine bedingte oder befristete Grundschuld gilt dasselbe, was S. 524 Erl. 5 zu § 1113 sowie S. 637f. Erl. 3a zu § 1163 über die bedingte Hypothek (im Gegensatze zu einer Hypothek für eine bedingte Forderung) gesagt ist.

§ 1192.

E. I §§ 1136, 1138, 1141; II § 1101 rev. § 1177; III § 1175. P. I S. 5396f., 5400ff., 5406ff., 5415, 5436, 5443f., 5457f., 6136, 6243f., 6249, 6254, 6258; M. III S. 780ff., 788, 790f. P. II Bd. 3 S. 709f., 712ff.

1. **Entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Hypothek.** Wie in Vorbm. 1 vor § 1191 bereits erwähnt, regelt das BGB. die Grundschuld im allgemeinen durch Verweisung auf die Vorschriften über die Hypothek, ohne die auf die Grundschuld anwendbaren oder die nicht anwendbaren Paragraphen einzeln aufzuführen. Der Gesetzgeber ist hierbei davon ausgegangen, daß das Gesetz durch diese Art der Regelung vereinfacht werde sowie daß die Entscheidung darüber, ob eine Vorschrift zur entsprechenden Anwendung auf die Grundschuld geeignet ist, sich schwer für alle Fälle im voraus treffen lasse, daß die Praxis aber schon das richtige finden werde. Das Gesetz begnügt sich deshalb damit, den leitenden Gesichtspunkt hervorzuheben, indem es die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld nur insoweit vorschreibt, als nicht daraus, daß die Grundschuld von einer Forderung nicht abhängig ist, ein anderes sich ergibt (M. III S. 781).

Von dem E. I §§ 1136, 1138 weicht § 1192 Abs. 1 insofern ab, als nach jenen nur die Vorschriften über die Briefhypothek, nicht die Vorschriften über die Hypothek schlechthin entsprechend anwendbar und die Ausschließung der Erteilung des Grundschuldbriefs unzulässig sein sollte. Diese Bestimmungen des E. I beruhten auf der Erwägung, daß der Zweck und das Wesen der Grundschuld gerade in einer weiteren Steigerung der Verkehrsfähigkeit des hypothekarischen Rechtes durch Abstreifung der akzessorischen Natur desselben beruhe und daß es hiermit nicht im Einklange stehen würde, wenn das BGB. auch solche Grundschulden zuließe, welche die Bildung eines Grundschuldbriefs nicht erforderten und infolgedessen einen Teil ihrer Verkehrsfähigkeit einbüßen würden; außerdem sei es nicht erwünscht, die ohnehin schon ziemlich zahlreichen Gestaltungen der Kapitalbelastungen um eine weitere durch ein besonderes Bedürfnis nicht gerechtfertigte Kategorie zu vermehren (M. III S. 781 f.). Trotz dieser Bedenken hat die zweite Kommission die Zulassung der Buchgrundschuld beschlossen, weil eine solche schon dann gegeben sei, wenn eine Buchhypothek zur Eigentümerhypothek werde, und weil auch bei der Bestellung einer Grundschuld den Parteien daran liegen könne, sich die mit dem Fehlen eines Briefes verbundenen Vorteile zu sichern (P. II Bd. 3 S. 709).

2. Die Vorschrift des Abs. 2, daß für die **Grundschuldzinsen** die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung gelten, könnte als eine selbstverständliche Folge der Bestimmung des Abs. 1 erscheinen. Die ausdrückliche Aufnahme jener Vorschrift läßt jedoch erkennen, daß der Gesetzgeber diese Folgerung für nicht unbedenklich gehalten hat. Der begriffliche Unterschied zwischen den Grundschuldzinsen und den Hypothekenzinsen besteht darin, daß bei der Hypothek eine Erweiterung der Forderung, für welche die Hypothek besteht, um die Zinsen von selbst die Erweiterung des dinglichen Rechtes nach sich zieht, wenn der Zinssatz eingetragen ist, daß dagegen bei der Grundschuld eine Forderung, welche verzinst werden könnte, nicht vorhanden ist und durch die Verzinslichkeit zu der Belastung des Grundstücks mit der Grundschuldsumme eine weitere Belastung desselben mit wiederkehrenden Leistungen hinzutritt (M. III S. 780). Bei der Grundschuld könnte daher die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Reallasten, insbesondere die die persönliche Haftung des Eigentümers regelnde Bestimmung des § 1108 in Frage kommen. Außerdem erscheint die Anwendung der Vorschriften der §§ 1159, 1178, welche die Übertragung und Aufhebung der rückständigen Hypothekenzinsen den Bestimmungen des Rechtes der Schuldverhältnisse unterstellen, auf die Grundschuldzinsen deshalb nicht selbstverständlich, da bei diesen ein Schuldverhältnis nicht besteht. Diese Bedenken werden durch die ausdrückliche Vorschrift des Abs. 2 beseitigt. Wie für die Hypothekenzinsen (S. 521 Erl. 2c zu § 1113) haftet auch für die Grundschuldzinsen der Eigentümer nur mit dem Grundstücke, nicht persönlich, und die Vorschriften der §§ 1158, 1159, 1178 über die Übertragung und die Aufhebung der Zinsen sowie § 1119, § 1145 Abs. 2 und § 1160 Abs. 3 gelten auch hier (M. III S. 790 f.; vgl. Erl. 3 § 1138d, § 1139c Abs. 3, §§ 1142m, 1142n, 1142v). Auch für Verzugszinsen haftet das Grundstück dem Grundschuldgläubiger gemäß § 1146 (Erl. 3 § 1140; s. S. 597 Erl. 1 zu § 1146). Schließlich ist auch der in dem preuß. Rechte zwischen den Hypotheken und den Grundschulden bestehende Unterschied, daß mit dem Grundschuldbrief, aber nicht mit dem Hypothekenbriefe Zinsquittungsscheine ausgegeben werden konnten (Ges. über den EigErw. § 39; Achilles 4. Aufl. S. 214 ff.), durch die Nichtaufnahme des Instituts der Zinsquittungsscheine beseitigt (M. III S. 784 f.; vgl. jedoch über die Inhabergrundschuld Erl. 11 zu § 1195).

3. **Zusammenstellung der Vorschriften über die Grundschuld nach dem Entwurfe der Redaktionskommission.** Die Zweifel, welche von den Vorschriften der §§ 1113—1190 auf die Grundschuld unanwendbar sind und wie sich die entsprechende Anwendung der übrigen gestaltet, werden am besten durch den Entwurf der Redaktionskommission gehoben, welcher den die Hypothek, die Grundschuld und die Rentenschuld behandelnden Abschnitt unter Voranstellung der Grundschuld ordnete. Innerhalb der Redaktionskommission waren die Ansichten darüber geteilt, ob es den Vorzug verdiene, die Vorschriften über die Hypothek oder die Bestimmungen über die Grundschuld an die Spitze zu stellen; sie stellte daher zwei vollständige Entwürfe jenes Abschnitts auf, in deren erstem die Hypothek, in deren zweitem die Grundschuld vorangestellt war. Die zweite Kommission selbst entschied sich für den ersten Entwurf (P. II Bd. 4 S. 497 ff.). Der die Grundschuld behandelnde Teil des zweiten Entwurfs lautet unter Berücksichtigung der Fassungsänderungen und Zusätze, welche der E. II in dem BGB. erhalten hat, folgendermaßen:

§ 1135 (BGB. §§ 1113, 1191). Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Grundschuld).

Die Belastung kann auch in der Weise erfolgen, daß Zinsen von der Geldsumme sowie andere Nebenleistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind.

§ 1136a (BGB. § 1114). Ein Bruchteil eines Grundstücks kann mit einer Grundschuld nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht.

§ 1136b (BGB. § 1115). Bei der Eintragung der Grundschuld müssen der Gläubiger, die Geldsumme und, wenn sie verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere Nebenleistungen zu errichten sind, ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden.

Bei der Eintragung einer Grundschuld für eine Kreditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, genügt zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzung.

§ 1138 (BGB. § 1116). Über die Grundschuld wird ein Grundschuldbrief erteilt.

Die Erteilung des Grundschuldbriefs kann ausgeschlossen werden. Die Ausschließung kann auch nachträglich erfolgen. Zu der Ausschließung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 794 Abs. 2 und der §§ 797, 799 des Entw. II (§ 873 Abs. 2, §§ 876, 878 des BGB.) finden entsprechende Anwendung.

Die Ausschließung der Erteilung des Grundschuldbriefs kann aufgehoben werden. Die Aufhebung erfolgt in gleicher Weise wie die Ausschließung.

§ 1138a (BGB. § 1117). Der Gläubiger erwirbt, sofern nicht die Erteilung des Grundschuldbriefs ausgeschlossen ist, die Grundschuld erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird. Auf die Übergabe finden die Vorschriften des § 842 Satz 2 und der §§ 843 bis 845 des Entw. II (§ 929 Satz 2, §§ 930, 931 des BGB.) Anwendung.

Die Übergabe des Briefes kann durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen.

Ist der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei.

§ 1138b (BGB. § 1196, § 1163 Abs. 2). Eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden.

Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden solle, sowie die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des § 799 des Entw. II (§ 878 des BGB.) findet Anwendung.

Solange im Falle des § 1138a die Übergabe des Grundschuldbriefs nicht erfolgt ist, steht die Grundschuld dem Eigentümer zu.

§ 1138c (BGB. § 1118). Kraft der Grundschuld haftet das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen des Kapitals sowie für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung.

§ 1138d (BGB. § 1119). Ist die Grundschuld unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann die Grundschuld ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet.

Zu einer Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts ist die Zustimmung dieser Berechtigten gleichfalls nicht erforderlich.

§ 1138e (BGB. § 1120). Die Grundschuld erstreckt sich auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie nicht mit der Trennung nach den §§ 869 bis 872 des Entw. II (§§ 954—957 des BGB.) in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind, sowie auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind.

§ 1138f (in der vom E. II abweichenden Fassung des BGB. §§ 1121, 1122). Bestandteile des Grundstücks sowie Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt werden, bevor sie zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind.

Erfolgt die Veräußerung vor der Entfernung, so kann sich der Erwerber dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Grundschuld in gutem Glauben

gewesen sei. Entfernt der Erwerber die Sache von dem Grundstücke, so ist eine vor der Entfernung erfolgte Beschlagnahme ihm gegenüber nur wirksam, wenn er bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist.

(BGB. § 1122). Sind die Erzeugnisse oder Bestandteile innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft von dem Grundstücke getrennt worden, so erlischt ihre Haftung auch ohne Veräußerung, wenn sie vor der Beschlagnahme von dem Grundstücke entfernt werden, es sei denn, daß die Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt.

Zubehörstücke werden ohne Veräußerung von der Haftung frei, wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird.

§ 1138g (BGB. § 1123). Ist das Grundstück vermietet oder verpachtet, so erstreckt sich die Grundschuld auf die Miet- oder Pachtzinsforderung.

Soweit die Forderung fällig ist, wird sie mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritte der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Grundschuldgläubigers erfolgt ist. Ist der Miet- oder Pachtzins im voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr.

§ 1138h (BGB. § 1124). Wird der Miet- oder Pachtzins eingezogen, bevor er zugunsten des Grundschuldgläubigers in Beschlag genommen worden ist, oder wird vor der Beschlagnahme in anderer Weise über ihn verfügt, so ist die Verfügung dem Grundschuldgläubiger gegenüber wirksam. Besteht die Verfügung in der Übertragung der Forderung auf einen Dritten, so erlischt die Haftung der Forderung; erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung, so geht es der Grundschuld im Range vor.

Die Verfügung ist dem Grundschuldgläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht.

Der Übertragung der Forderung auf einen Dritten steht es gleich, wenn das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird.

§ 1138i (BGB. § 1125). Soweit die Einziehung des Miet- oder Pachtzinses dem Grundschuldgläubiger gegenüber unwirksam ist, kann der Mieter oder Pächter nicht eine ihm gegen den Vermieter oder den Verpächter zustehende Forderung gegen den Grundschuldgläubiger aufrechnen.

§ 1138k (BGB. § 1126). Ist mit dem Eigentum an dem Grundstück ein Recht auf wiederkehrende Leistungen verbunden, so erstreckt sich die Grundschuld auf die Ansprüche auf diese Leistungen. Die Vorschriften des § 1138g Abs. 2 Satz 1, des § 1138h Abs. 1, 3 und des § 1138i finden entsprechende Anwendung. Eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung über den Anspruch auf eine Leistung, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird, ist dem Grundschuldgläubiger gegenüber unwirksam.

§ 1138l (in der Fassung des BGB. § 1127). Sind Gegenstände, die der Grundschuld unterliegen, für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks unter Versicherung gebracht, so erstreckt sich die Grundschuld auf die Forderung gegen den Versicherer.

Die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist.

§ 1138m (in der Fassung des BGB. § 1128). Ist ein Gebäude versichert, so kann der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Grundschuldgläubiger an den Versicherten erst zahlen, wenn er oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Grundschuldgläubiger angezeigt hat und seit dem Empfange der Anzeige ein Monat verstrichen ist. Der Grundschuldgläubiger kann bis zum Ablaufe der Frist dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprechen. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist; in diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkt an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird.

Im übrigen finden die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften Anwendung; der Versicherer kann sich jedoch nicht darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Grundschuld nicht gekannt habe.

§ 1138n (BGB. § 1129). Ist ein anderer Gegenstand als ein Gebäude versichert, so bestimmt sich die Haftung der Forderung aus der Versicherung nach den Vorschriften des § 1138g Abs. 2 Satz 1 und des § 1138h Abs. 1, 3.

§ 1138o (BGB. § 1130). Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen, so ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten dem Grundschuldgläubiger gegenüber wirksam.

§ 1138p (BGB. § 1131). Wird ein Grundstück nach § 808 Abs. 2 des Entw. II (§ 890 Abs. 2 des BGB.) einem anderen Grundstück im Grundbuche zugeschrieben, so erstrecken sich die an diesem Grundstücke bestehenden Grundschulden auf das zugeschriebene Grundstück. (Zusatz des BGB.) Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, gehen diesen Grundschulden im Range vor.

§ 1138q (BGB. § 1132). Ist eine Grundschuld in der Weise an mehreren Grundstücken bestellt, daß nur einmal Zahlung zu erfolgen hat (Gesamtgrundschuld), so haftet jedes Grundstück für den ganzen Betrag. Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen.

Der Gläubiger ist berechtigt, den Betrag der Grundschuld auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet. Auf die Verteilung finden die Vorschriften der §§ 796, 797, 799 des Entw. II (§§ 875, 876, 878 des BGB.) entsprechende Anwendung.

§ 1138r (in der Fassung des BGB. § 1133). Ist infolge einer Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Grundschuld gefährdet, so kann der Gläubiger dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Gläubiger berechtigt, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen, wenn nicht die Gefährdung durch Verbesserung des Grundstücks oder dadurch beseitigt worden ist, daß eine Grundschuld an einem anderen Grundstücke zur Gesamthaftung bestellt wird. Ist die Grundschuld unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Gläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage des Kapitals gleichkommt.

§ 1138s (in der Fassung des BGB. § 1134). Wirkt der Eigentümer oder ein Dritter auf das Grundstück in solcher Weise ein, daß eine die Sicherheit der Grundschuld gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen.

Geht die Einwirkung von dem Eigentümer aus, so hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen. Das gleiche gilt, wenn die Verschlechterung deshalb zu besorgen ist, weil der Eigentümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläßt.

§ 1138t (in der Fassung des BGB. § 1135). Einer Verschlechterung des Grundstücks im Sinne der §§ 1138r, 1138s steht es gleich, wenn Zubehörstücke, auf die sich die Grundschuld erstreckt, verschlechtert oder den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider von dem Grundstück entfernt werden.

§ 1138u (BGB. § 1136). Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig.

§ 1138v (BGB. § 1157). Eine Einrede, welche dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Grundschuld zusteht, kann auch einem Sondernachfolger des Gläubigers entgegengesetzt werden. Die Vorschriften der §§ 810, 812—814 des Entw. II (§§ 892, 894—899 des BGB.) finden Anwendung.

§ 1138w (in der Fassung des BGB. § 1140). Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Grundschuldbrief oder einem Vermerk aus dem Briefe hervorgeht, ist die Berufung auf die Vorschriften der §§ 810—812 des Entw. II (§§ 892, 893 des BGB.) ausgeschlossen. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich.

§ 1139 (BGB. §§ 1141, 1193). Das Kapital der Grundschuld wird erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

Abweichende Bestimmungen sind zulässig.

Zugunsten des Gläubigers gilt für die Kündigung derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer.

(Zusatz des BGB. § 1141 Abs. 2). Hat der Eigentümer keinen Wohnsitz im Inland oder liegen die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 vor, so hat auf Antrag des Gläubigers das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück liegt, dem Eigentümer einen Vertreter zu bestellen, dem gegenüber die Kündigung des Gläubigers erfolgen kann.

§ 1139a (in der Fassung des BGB. § 1194). Die Zahlung des Kapitals sowie der Zinsen und anderer Nebenleistungen hat, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, an dem Orte zu erfolgen, an dem das Grundbuchamt seinen Sitz hat.

§ 1139b (BGB. §§ 1142, 1143, 1176). Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Grundschuld fällig geworden ist. Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld unbeschadet der Vorschriften des § 1142t auf ihn über. Im Falle teilweiser Befriedigung kann der dem Eigentümer zufallende Teil der Grundschuld nicht zum Nachteile des dem Gläubiger verbleibenden Teiles geltend gemacht werden.

§ 1139c (BGB. §§ 1144, 1145). Der Eigentümer kann gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Grundschuldbriefs und der sonstigen Urkunden verlangen, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Grundschuld erforderlich sind.

(BGB. § 1145). Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger nur teilweise, so kann er die Aushändigung des Briefes nicht verlangen. Der Gläubiger ist verpflichtet, die teilweise Befriedigung, soweit sie das Kapital betrifft, auf dem Briefe zu vermerken und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung des dem Eigentümer zufallenden Teiles der Grundschuld dem Grundbuchamt oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilgrundschuldbriefs über diesen Teil der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notare vorzulegen.

(Zusatz des BGB. § 1145 Abs. 2). Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 gilt für Zinsen und andere Nebenleistungen nur, wenn sie später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Gläubiger befriedigt wird, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden. Auf Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet, findet die Vorschrift keine Anwendung.

§ 1140 (BGB. § 1146). Liegen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstücke.

§ 1142 (BGB. §§ 1147, 1197). Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Grundschuld erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung.

Ist der Gläubiger zugleich der Eigentümer des Grundstücks, so kann er die Zwangsvollstreckung nicht betreiben. Zinsen gebühren ihm nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen wird, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung.

§ 1142b (BGB. § 1148). Bei der Verfolgung des Rechtes aus der Grundschuld gilt zugunsten des Gläubigers derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer. Das Recht des nicht eingetragenen Eigentümers, die ihm gegen die Grundschuld zustehenden Einwendungen geltend zu machen, bleibt unberührt.

§ 1142c (BGB. § 1149). Der Eigentümer kann vor dem Eintritte der Fälligkeit der Grundschuld dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken.

§ 1142d (BGB. § 1150). Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke, so kann jeder, der im Falle der Zwangsversteigerung Gefahr läuft, ein Recht an

dem Grundstück oder den Besitz des Grundstücks zu verlieren, den Gläubiger befriedigen. Die Vorschriften des § 1139b Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und des § 1139c finden entsprechende Anwendung.

§ 1142e (BGB. § 1151). Wird die Grundschuld geteilt, so ist zur Änderung des Rangverhältnisses der Teile unter einander die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich.

§ 1142f (BGB. § 1152). Im Falle einer Teilung der Grundschuld kann, sofern nicht die Erteilung eines Grundschuldbriefs ausgeschlossen ist, für jeden Teil ein Teilgrundschuldbrief hergestellt werden; die Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks ist nicht erforderlich. Der Teilgrundschuldbrief tritt für den Teil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes.

§ 1142g (BGB. § 1154). Zur Abtretung einer Grundschuld ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Grundschuldbriefs erforderlich; die Vorschriften des § 1138a finden Anwendung. Der bisherige Gläubiger hat auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen.

Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird.

Ist die Erteilung eines Grundschuldbriefs ausgeschlossen, so bestimmt sich die Abtretung nach den Vorschriften der §§ 794, 799 des Entw. II (§§ 873, 878 des BGB.).

§ 1142h (BGB. § 1155). Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Grundschuldbriefs aus einer zusammenhängenden auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 809—814 des Entw. II (§§ 891—899 des BGB.) in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung.

§ 1142i (BGB. § 1156 Satz 2). Kündigt der Eigentümer dem bisherigen Gläubiger, so ist die Kündigung dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam, es sei denn, daß die Übertragung der Grundschuld zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war.

§ 1142k (BGB. § 1160 Abs. 1, 2). Der Geltendmachung der Grundschuld kann, sofern nicht die Erteilung des Grundschuldbriefs ausgeschlossen ist, widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt; ist der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so sind auch die im § 1142h bezeichneten Urkunden vorzulegen.

Eine Kündigung oder Mahnung des Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung der nach Abs. 1 erforderlichen Urkunden vorgenommen und aus diesem Grunde von dem Eigentümer unverzüglich zurückgewiesen wird.

§ 1142l (BGB. § 1152). Ist der Grundschuldbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden.

§ 1142m Abs. 1 (in der Fassung des BGB. § 1159). Soweit die Grundschuld auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen gerichtet ist, bestimmt sich die Übertragung sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften. Das gleiche gilt für den Anspruch auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet.

Die Vorschriften des § 892 finden auf die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche keine Anwendung.

§ 1142m Abs. 2 (BGB. § 1160 Abs. 3). Die Vorschriften des § 1142k finden auf die im Abs. 1 bezeichneten Leistungen keine Anwendung.

§ 1142n (in der dem BGB. § 1158 entsprechenden Fassung). Soweit die Grundschuld auf Zinsen oder andere Nebenleistungen gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigen-

tümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 406—408 Anwendung; der Gläubiger kann sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigentümer nach den §§ 404, 406—408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen.

§ 1142o (in der Fassung des BGB. § 1168; vgl. § 1176). Verzichtet der Gläubiger auf die Grundschuld, so erwirbt sie der Eigentümer.

Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Die Vorschriften des § 796 Abs. 2 und der §§ 797, 799 des Entw. II (§ 875 Abs. 2, §§ 876, 878 des BGB.) finden entsprechende Anwendung.

Verzichtet der Gläubiger auf einen Teil der Grundschuld, so finden die für den Fall teilweiser Befriedigung geltenden Vorschriften des § 1139b Abs. 2 Satz 2 und des § 1139c Abs. 2 entsprechende Anwendung.

§ 1142p (BGB. § 1169). Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Grundschuld dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Grundschuld verzichtet.

§ 1142q (in der Fassung des BGB. § 1170). Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf die Grundschuld beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 174 des Entw. II (§ 208 des BGB.) zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. Besteht für die Grundschuld eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit, so beginnt die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstags.

Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erwirbt der Eigentümer die Grundschuld. Der dem Gläubiger erteilte Grundschuldbrief wird kraftlos.

§ 1142r (in der Fassung des BGB. § 1171). Der unbekannte Gläubiger kann im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Grundschuld für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt. Die Hinterlegung von Zinsen ist nur erforderlich, wenn der Zinssatz im Grundbuch eingetragen ist; Zinsen für eine frühere Zeit als das vierte Kalenderjahr vor der Erlassung des Ausschlußurteils sind nicht zu hinterlegen.

Mit der Erlassung des Ausschlußurteils gilt der Gläubiger als befriedigt, sofern nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist. Der dem Gläubiger erteilte Grundschuldbrief wird kraftlos.

Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurteils, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Hinterleger ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat.

§ 1142s (BGB. § 1172, § 1175 Abs. 1 Satz 1). Eine Gesamtgrundschuld steht in den Fällen, in welchen die Grundschuld kraft Gesetzes von dem Eigentümer erworben wird, den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu.

Jeder Eigentümer kann, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, verlangen, daß die Grundschuld an seinem Grundstück auf den Teilbetrag, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht, nach § 1138q Abs. 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird. Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamtgrundschuld im Range vorgehen.

§ 1142t (BGB. § 1173). Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamtgrundschuld belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Grundschuld an seinem Grundstücke; die Grundschuld an den übrigen Grundstücken erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn die Grundschuld auf den Eigentümer übertragen wird.

Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Grundschuld an dem Grundstücke dieses

Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Grundschuld an seinem eigenen Grundstück Gesamtgrundschuld.

§ 1142 u (BGB. § 1175 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2). Verzichtet im Falle einer Gesamtgrundschuld der Gläubiger auf sein Recht an einem der Grundstücke, so erlischt die Grundschuld an diesem.

Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach § 1142 q mit seinem Rechte an einem der Grundstücke ausgeschlossen wird.

§ 1142 v (BGB. § 1178). Soweit das Grundstück für Zinsen und andere Nebenleistungen sowie für Kosten haftet, erlischt die Grundschuld, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt.

Zum Verzicht auf die Grundschuld für einzelne Leistungen der im Abs. 1 bezeichneten Art genügt, auch wenn sie noch nicht fällig sind, die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer. Steht einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zu, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

§ 1142 w (BGB. § 1179). Verpflichtet sich der Eigentümer einem anderen gegenüber die Grundschuld löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

§ 1142 x (BGB. § 1181). Wird der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt, so erlischt die Grundschuld.

Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Gesamtgrundschuld belasteten Grundstücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei.

Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht die Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf die sich die Grundschuld erstreckt.

§ 1142 y (BGB. § 1182). Kann im Falle einer Gesamtgrundschuld der Eigentümer des Grundstücks, aus welchem der Gläubiger befriedigt wird, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Grundschuld an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über. Die Grundschuld kann jedoch, wenn der Gläubiger nur teilweise befriedigt wird, nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Grundschuld und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden.

§ 1142 z (BGB. § 1183). Zur Aufhebung der Grundschuld durch Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Die Zustimmung ist dem Gläubiger oder dem Grundbuchamte gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich.

§ 1144 a (BGB. § 1195). Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung.

§ 1144 b (BGB. § 1188; Abs. 2 Satz 1 in der Fassung des BGB.). Zur Bestellung einer Grundschuld, bei welcher der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt werden soll, genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch; die Vorschrift des § 799 des Entw. II (§ 878 des BGB.) findet Anwendung.

Die Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte nach § 1142 q ist nur zulässig, wenn die im § 729 des Entw. II (§ 801 des BGB.) bezeichnete Vorlegungsfrist verstrichen ist. Ist innerhalb der Frist der Grundschuldbrief vorgelegt oder der Anspruch aus der Grundschuld gerichtlich geltend gemacht worden, so kann die Ausschließung erst erfolgen, wenn die Verjährung eingetreten ist.

§ 1144 c (BGB. § 1189). Wird der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt, so kann für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Grundschuld zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Grundschuld

zu vertreten. Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich.

Ist der Eigentümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter verlangen.

4. Einzelne anwendbare Bestimmungen über die Hypothek. Hervorzuheben ist, daß, wie aus dieser Zusammenstellung erhellt, abgesehen von den Vorschriften über die Buchhypothek (s. Erl. 1), insbesondere auch folgende Bestimmungen über die Hypothek auf die Grundschuld zur Anwendung kommen:

a) die Bestimmungen über die Form der Abtretung (§ 1154; Erl. 3 § 1142 g). Besonderheiten gelten in dieser Hinsicht nur für die Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs (Erl. 3 zu § 1195). Dagegen ist das in Preußen und Mecklenburg bestehende Institut der Blankozession der Grundschuld in das BGB. nicht übernommen (S. 613 Erl. 3 b γ zu § 1154). Wie die Abtretung, so erfolgt auch die Belastung der Grundschuld mit Nießbrauch oder Pfandrecht sowie die Pfändung und Überweisung der Grundschuld nach den für die Hypothek geltenden Vorschriften (§§ 1080, 1291; CPO. § 857 Abs. 6; s. S. 615 f. Erl. 5, 6 zu § 1154, S. 676 Erl. 5 zu § 1177);

b) die Vorschrift des § 1157 über die Zulässigkeit von **Einreden**, welche dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und einem früheren Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen das dingliche Recht zustehen (Erl. 3 § 1138 v). Unter die Vorschrift des § 1157 fallen nur Einreden, welche sich nicht gegen die Forderung, sondern gegen die Hypothek richten (S. 624 f. Erl. 2 zu § 1157, S. 694 Erl. 1 b zu § 1184); die Vorschrift findet daher auch auf die Grundschuld Anwendung und ist, wie in D. S. 672 hervorgehoben wird, für sie von besonderer Bedeutung. Außerdem stehen dem Eigentümer gegenüber dem Grundschuldgläubiger auch Einreden, die sich auf ein persönliches Verhältnis zwischen diesen beiden gründen, sowie Einwendungen gegen das Bestehen des dinglichen Rechtes oder gegen die Aktivlegitimation des Gläubigers zu, dagegen hat er nicht die Einwendungen des persönlichen Schuldners gegen die Forderung, welche zu der Bestellung der Grundschuld den Anlaß gegeben hat (vgl. jedoch Erl. 5), und die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden, da diese dem Eigentümer bei der Hypothek nur wegen deren akzessorischen Natur gewährt sind. Gegenüber den an sich zulässigen Einwendungen steht dem Grundschuldgläubiger die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu. Diese ist ihm aber, abweichend von dem preußischen Rechte (EigErwGes. § 38 Abs. 1), nicht nur dann abgeschnitten, wenn die Einwendungen sich aus dem Grundschuldbrief ergeben, sondern es genügt, wenn sie entweder aus dem Grundbuch oder aus dem Briefe erhellen. Auch in dieser Beziehung besteht kein Unterschied zwischen der Hypothek und der Grundschuld (Erl. 3 § 1138 w; vgl. S. 584 f. Erl. zu § 1140);

c) die Vorschriften über die **Gesamthypothek.** Wenn auch diese oben S. 566 f. Erl. 1 zu § 1132 als eine an mehreren Grundstücken bestehende Hypothek für eine Forderung bezeichnet ist, so ist doch daraus, daß die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzt, nicht zu schließen, daß eine **Gesamtgrundschuld** ausgeschlossen sei. Diese bedarf nur einer abweichenden Begriffsbestimmung. Von der Redaktionskommission (Erl. 3 § 1138 q) wird sie als eine Grundschuld definiert, welche in der Weise an mehreren Grundstücken bestellt wird, daß nur einmal Zahlung zu erfolgen hat;

d) die Vorschriften über die **Eigentümerhypothek**, diese jedoch nur mit Einschränkungen. Die Grundschuld geht auf den Eigentümer nicht gemäß § 1163 Abs. 1 (s. RG. in JW. 1905 S. 291; a. M. Kindel in der Festgabe f. Rich. Koch S. 108), sondern nur dann über, wenn und soweit der Gläubiger von dem Eigentümer selbst befriedigt wird oder auf die Grundschuld verzichtet oder mit seinem Rechte gemäß § 1170 ausgeschlossen wird; außerdem steht die Briefgrundschuld gemäß § 1163 Abs. 2 dem Eigentümer bis zur Übergabe des Briefes zu (Erl. 3 § 1138 b Abs. 3, §§ 1139 b, 1142 o, 1142 q). Die Ausschließung des Gläubigers gemäß § 1171 wirkt wie die Befriedigung; sie überträgt daher die Grundschuld auf denjenigen Eigentümer, welcher den Betrag der Grundschuld hinterlegt hat, da dieser als der den Gläubiger befriedigende Eigentümer anzusehen ist (S. 656 Erl. 6 c zu § 1171). Zu diesen Fällen der Eigentümergrundschuld kommt alsdann, abweichend von der Hypothek, der Fall der Bestellung der Grundschuld für den Eigentümer (§ 1196) hinzu. Dagegen stimmt das Recht der Grundschuld wieder insofern mit den Vorschriften über die Hypothek überein, als die für die Gesamthypothek geltenden Besonderheiten der §§ 1172, 1173, 1175, 1182 auch hier zur Anwendung

kommen; nur der im § 1173 Abs. 1 a. E. erwähnte Fall der Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers scheidet aus (s. Erl. 3 §§ 1142s bis § 1142u, § 1142y; a. M. in dem letzten Punkte Turnau-Förster I S. 874 Erl. 2; Staudinger III S. 532 Erl. 7). Zweifelhaft könnte es sein, ob in den Fällen des § 1173 Abs. 2, § 1182 die Gesamtgrundschuld, soweit sie der Eigentümer, durch welchen oder aus dessen Grundstücke der Gläubiger befriedigt ist, nicht nur an seinem Grundstücke, sondern auch an dem mitbelasteten Grundstück eines ersatzpflichtigen Eigentümers erwirbt, Grundschuld bleibt oder sich in eine Hypothek verwandelt. Nach dem oben S. 663 f. Erl. 4 b β zu § 1173 Gesagten ist Letzteres anzunehmen, da die Grundschuld an dem mitbelasteten Grundstück auf den Eigentümer nur übergeht, wenn und soweit er eine Ersatzforderung hat, und demnach zu deren Sicherung dient (s. S. 689 Erl. 6 zu § 1182). Über die für die Inhabergrundschuld geltenden Abweichungen von den vorstehenden Sätzen vgl. Erl. 3, 10 zu § 1195.

5. **Unanwendbar auf die Grundschulden** sind die Vorschriften des § 1115 Abs. 1 Halbs. 2 (aber nicht die Bestimmungen des § 874, s. S. 534 Erl. 6 zu § 1115), der §§ 1137—1139, 1153, 1161, § 1163 Abs. 1, §§ 1164—1166, 1174, 1177, 1180, 1184—1187, 1190 und die Bestimmung des § 1143 insoweit, als sie den Übergang der Forderung vorschreibt (a. M. in dem letzten Punkte Fuchs S. 656 Erl. 21, Huther in Meckl. Z. 18 S. 75). Alle diese Vorschriften stehen mit der akzessorischen Natur der Hypotheken im Zusammenhang und scheiden daher hier aus. Da aber auch die **Grundschuld zur Sicherung einer Forderung** dienen kann und regelmäßig auch dienen wird, fragt es sich, ob nicht, wenn dieses der Fall ist, einige der erwähnten Bestimmungen wenigstens analog zur Anwendung zu bringen sind. Wenn der Eigentümer einem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung eine Grundschuld bestellt oder eine ihm zustehende Grundschuld überträgt, so wird zwischen ihnen ein ähnliches Rechtsverhältnis geschaffen, wie durch eine unbedingte Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung des Erwerbers. Wie das Eigentum, so ist auch das Grundschuldrecht des Gläubigers von der Forderung unabhängig. Diese bildet nur den Rechtsgrund für die Bestellung oder die Übertragung der Grundschuld. Besteht die Forderung nicht oder erlischt sie oder steht ihr eine Einrede entgegen, durch welche ihre Geltendmachung dauernd ausgeschlossen ist, so kann der Eigentümer von dem Gläubiger den Verzicht auf die Grundschuld oder deren Übertragung fordern, weil dieser auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund bereichert ist (§§ 812 ff.). Dieser Anspruch ist aber lediglich ein obligatorischer. Er steht nur dem Eigentümer zu, der die Grundschuld bestellt oder übertragen hat, und zwar ohne Unterschied, ob er inzwischen das Grundstück veräußert hat oder nicht, dagegen nicht einem Sondernachfolger desselben, sofern er diesem nicht abgetreten ist (JW. 1901 S. 464 Nr. 17). Auch den der Grundschuld nachstehenden Berechtigten kommt dieser Anspruch nicht zugute. Es erscheint daher bedenklich, wenn das RG. (JW. 1905 S. 291) im Zwangsversteigerungsverfahren den von dem Grundschuldgläubiger mangels Zahlung der Valuta nicht liquidierten Betrag der durch den Zuschlag erloschenen Grundschuld den nachstehenden Gläubigern zuteilen will sowie wenn du Chesne (Z. f. RPfl. in Bay. 1905 S. 257) diese Entscheidung damit rechtfertigt, daß der Grundschuldberechtigte sich sonst auf Kosten der nachstehenden Berechtigten bereichern würde; der Grundschuldberechtigte wird durch die Auszahlung dieses Betrags nicht bereichert, da er in Höhe desselben dem Eigentümer haftet (s. auch Rspr. 9 S. 379). Der Anspruch geht nur gegen den Vertragsgenossen jenes Eigentümers, nicht gegen einen dritten Erwerber der Grundschuld, auch wenn dieser das Sachverhältnis zur Zeit des Erwerbes kannte, es sei denn, daß nach den Regeln des Obligationenrechts, insbesondere der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 822) oder der unerlaubten Handlungen, auch dieser dem Eigentümer verpflichtet ist oder daß der Anspruch zur Zeit des Erwerbes durch eine Vormerkung gesichert war. Den Anspruch auf Aufhebung oder Übertragung der Grundschuld kann der Eigentümer nicht nur im Wege der Klage oder der Widerklage geltend machen; er berechtigt ihn auch zu einer Einrede gegenüber der Klage aus der Grundschuld (vgl. § 821), da der Eigentümer dieser Klage Einreden aus seinem Rechtsverhältnisse zu dem gegenwärtigen Gläubiger entgegensetzen kann (Erl. 4 b). Auf Grund des § 1157 kann diese Einrede auch einem Sondernachfolger des Grundschuldgläubigers entgegengehalten werden, sofern dieser nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist, und durch die Eintragung eines Widerspruchs Wirkung gegen jeden Erwerber erlangen (Hachenburg, Beiträge S. 38). Auch für die Klage aus der persönlichen Forderung ist die Sicherung durch die Grundschuld nicht ohne Bedeutung. Da der Eigentümer den Gläubiger nicht doppelt zu befriedigen braucht, kann er die Befriedigung des persönlichen Anspruchs verweigern, bis der Gläubiger ihm die zur Löschung oder Umschreibung der Grundschuld auf den

§. 1193. Das Kapital der Grundschuld wird erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigenthümer als dem Gläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

Abweichende Bestimmungen sind zulässig.

Namen des Eigentümers erforderlichen Urkunden aushändigt und ihn so gegen die Gefahr doppelter Zahlung sichert (vgl. Eccius in Gruch. 36 S. 642 ff.; Achilles 4. Aufl. S. 197 Erl. 9 b β zu § 35 des preuß. EigErwGes.). Daß dem Gläubiger der Forderung die Grundschuld nicht mehr zusteht, steht nicht entgegen. Auch dem persönlichen Schuldner, welcher nicht zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks, aber sonst an der Berichtigung des Grundbuchs rechtlich interessiert ist, wird man den Anspruch auf die zur Berichtigung erforderlichen Urkunden zuzubilligen haben. Demnach findet auf die Grundschuld der § 1167 entsprechende Anwendung. Dagegen stehen dem mit der persönlichen Klage belangten Eigentümer die weitergehenden Rechte, welche ihm der § 1161 bei der Hypothek gewährt, nicht zu.

Letzteres steht damit im Zusammenhange, daß die Übertragung der persönlichen Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld dient, nicht, wie die Abtretung der Hypothekenforderung, an die im § 1154 aufgestellten Erfordernisse geknüpft ist. Der § 1154 findet nur auf die Abtretung der Grundschuld Anwendung. Mit dieser geht aber nicht das persönliche Forderungsrecht auf den neuen Berechtigten über; die Übertragung des letzteren richtet sich nach den Regeln des Obligationenrechts (§§ 398 ff.) und hat den Übergang der Grundschuld nicht zur Folge, da diese weder zu den Hypotheken noch zu den Pfandrechten im Sinne des § 401 gehört. Der § 1153 gilt selbst dann nicht für die Grundschuld, wenn sie zur Sicherung einer Forderung bestellt ist. Der neue Gläubiger der Forderung hat höchstens einen persönlichen Anspruch auf Abtretung der Grundschuld; ob ein solcher besteht, bestimmt sich nach dem unterliegenden Rechtsverhältnisse.

Ebensowenig wie mit dem Erlöschen der persönlichen Forderung die Grundschuld zur Eigentümergrundschuld wird (Erl. 4 d), geht sie auf den persönlichen Schuldner über, wenn dieser den Gläubiger befriedigt. Sie bleibt vielmehr bei dem Gläubiger. Auch dem persönlichen Schuldner gegenüber besteht höchstens eine persönliche Verpflichtung des Gläubigers zur Abtretung auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses. Die §§ 1164, 1174 und daher auch die §§ 1165, 1166 sind auf die Grundschuld stets unanwendbar (M. III S. 786; vgl. P. II Bd. 1 S. 418, Bd. 3 S. 710; a. M. Fuchs S. 655 f. Erl. 21, der den § 426 auf das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem persönlichen Schuldner anwenden will; a. M. auch Huther in Meckl. Z. 18 S. 71 ff., der zwar den § 426 für unanwendbar, § 1164 aber für entsprechend anwendbar erklärt).

Schließlich findet auch die Bestimmung des § 416 über die Schuldübernahme durch den Erwerber des belasteten Grundstücks keine Anwendung auf den Fall, daß auf dem veräußerten Grundstück eine zur Sicherung einer persönlichen Forderung dienende Grundschuld lastet (Bd. II S. 301 Erl. 5 zu § 416; vgl. P. II Bd. 1 S. 418). Hiervon macht das ZVG. § 53 Abs. 2 für die Zwangsversteigerung eine Ausnahme. Haftet der Vollstreckungsschuldner für eine Grundschuld, welche durch den Zuschlag nicht erlischt, persönlich, so übernimmt der Ersteher die Schuld, wenn der Schuldner spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten die gegen ihn bestehende Forderung unter Angabe ihres Betrags und Grundes angemeldet und auf Verlangen des Gerichts oder eines Beteiligten glaubhaft gemacht hat (vgl. Fischer u. Schaefer S. 265; Meyer in Bl. f. RAnw. 1904 S. 217).

§ 1193.

E. I § 1139 Abs. 1, 3; II § 1102 rev. § 1178; III § 1176. P. I S. 5428 ff., 11797; M. III S. 788 f. P. II Bd. 3 S. 710.

1. **Fälligkeit des Grundschuldkapitals.** Da die Grundschuld nicht von einer Forderung abhängig ist, kann sich ihre Fälligkeit nicht wie bei der Hypothek nach den für die Forderung geltenden Vorschriften bestimmen (vgl. S. 533 Erl. 5 c zu § 1115, S. 585 f. Erl. 1 zu § 1141). Deshalb trifft das BGB. besondere Vorschriften über die Fälligkeit des Grundschuldkapitals (M. III S. 788; P. II Bd. 3 S. 710).

2. Wie aus Abs. 2 erhellt, ist die Vorschrift des Abs. 1 nur eine **dispositive**. In erster Linie entscheidet die Vereinbarung von Eigentümer und Gläubiger oder, wenn es zur Be-

§. 1194. Die Zahlung des Kapitals sowie der Zinsen und anderen Nebenleistungen hat, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, an dem Orte zu erfolgen, an dem das Grundbuchamt seinen Sitz hat.

§. 1195. Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung.

---

stellung der Grundschuld nur der einseitigen Erklärung des Eigentümers bedarf (§§ 1195, 1196), dessen Bestimmung. Über die der Parteidisposition gesetzten Schranken vgl. S. 533 Erl. 5c zu § 1115. Die abweichende Bestimmung bedarf, wie bei der Hypothek, der Eintragung in das Grundbuch, um gegen gutgläubige Dritte Wirkung zu erlangen; die Eintragung kann durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden (P. II Bd. 3 S. 710).

Über die Änderung der Zahlungszeit sind die Erl. 1, 2 zu § 1119 (S. 542 f.) zu vergleichen.

3. Hinsichtlich der **Kündigung** gilt hier dasselbe wie bei der Hypothek. Insbesondere finden die Vorschriften des § 1141 Anwendung. Daß, wenn die Grundschuld für eine Forderung bestellt ist, die Kündigung an den persönlichen Schuldner oder von diesem an den Gläubiger die Fälligkeit der Grundschuld nicht herbeiführt, ist selbstverständlich und bedurfte in dem Entwurfe der Redaktionskommission (S. 725 § 1139) keiner Hervorhebung.

4. Über die **Fälligkeit der Grundschuldzinsen** enthält das BGB. keine Bestimmung. Die Vorschriften über die Fälligkeit der Hypothekenzinsen können trotz des § 1192 Abs. 2 nicht in Betracht kommen, weil bei diesen sich die Fälligkeit nach den für die gesicherte Forderung geltenden Normen bestimmt (S. 532 f. Erl. 5b zu § 1115). Die M. III S. 789 meinen, daß die Beteiligten in der Regel in der Eintragungsbewilligung angeben werden, wann die Zinsen zu entrichten sind, und daß beim Fehlen einer solchen Angabe der gemäß § 1115 in das Grundbuch einzutragende Zinssatz, der regelmäßig für das Jahr und vom Hundert zu verstehen sei, auf jährliche Zahlungstermine schließen lasse. Nach einer Entsch. des OLG. Rostock (Rspr. 7 S. 195) soll sich beim Fehlen einer vertragsmäßigen Bestimmung die Fälligkeit der Zinsen nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. richten, ohne daß es einer Angabe in der Eintragungsbewilligung und in dem Grundbuche bedarf; welche Grundsätze gemeint sind, erhellt nicht. Man wird den § 608 entsprechend anwenden dürfen (s. Fuchs S. 658 Erl. 2, Biermann S. 423).

5. Über die Unanwendbarkeit der Vorschrift des § 1193 auf die **Eigentümergrundschuld** gemäß § 1177 Abs. 1 vgl. S. 671 Erl. 3a zu § 1177.

§ 1194.

E. I § 1139 Abs. 2, 3; II § 1103 rev. § 1179; III § 1177. P. I S. 5428 ff., 11797; M. III S. 789. P. II Bd. 3 S. 710 f.

1. In dem preußischen Rechte herrschte Streit über den für die Grundschuld in Betracht kommenden **Zahlungsort** (vgl. RG. in JW. 1891 S. 58 Nr. 104), während diese sich für die Hypothek ebenso wie heute nach den für das Schuldverhältnis maßgebenden gesetzlichen Vorschriften bestimmte (S. 533 Erl. 5c zu § 1115). Um diesen Streit zu vermeiden, ist die Vorschrift des § 1194 aufgenommen worden (P. II Bd. 3 S. 711). Über die Gründe, welche für die Bestimmung des Ortes, an dem das Grundbuchamt seinen Sitz hat, entscheidend waren, vgl. M. III S. 789.

2. **Dispositive Natur der Vorschrift.** Wie die Vorschrift des § 1193, bezweckt auch die des § 1194 nur die etwaigen Lücken des Begründungsvertrags auszufüllen. Auch auf sie findet daher das in Erl. 2 zu § 1193 und über die Änderung des Zahlungsorts das in Erl. 1, 2 zu § 1119 Gesagte Anwendung.

3. Von der Vorschrift des § 1194 macht der § 1177 Abs. 1 Satz 2 für die **Eigentümergrundschuld** eine Ausnahme (S. 671 Erl. 3a zu § 1177).

§ 1195.

E. II § 1104 rev. § 1180; III § 1178. P. II Bd. 3 S. 712 f. D. S. 674.

1. **Grundschuld für den Inhaber des Briefes.** Die Vorschrift des § 1195 enthält eine Besonderheit für das Recht der Grundschuld (vgl. S. 509 Vorbm. 2a). Sie ist von der zweiten

Kommission in das Gesetzbuch eingefügt worden und zwar aus dem gleichen Grunde, aus dem die Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber zugelassen ist (S. 700 Erl. 1 zu § 1187; P II Bd. 3 S. 713; D. S. 674; über den Standpunkt der ersten Kommission vgl. M. III S. 793).

Auf die Grundschulden für den Inhaber des Briefes finden die Bestimmungen über die Schuldverschreibungen auf den Inhaber und außerdem auf Grund des § 1192 die Vorschriften über die Hypotheken entsprechende Anwendung, insbesondere die die Inhaberhypotheken betreffenden §§ 1188, 1189 (vgl. S. 728 §§ 1144b 1144c), obwohl die Inhabergrundschuld im Gegensatze zu der Inhaberhypothek stets eine Briefgrundschuld ist.

2. **Zur Bestellung einer Inhabergrundschuld** bedarf es demnach außer der stets erforderlichen Eintragung in das Grundbuch nicht notwendig der Einigung, sondern es genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Grundschuld bestelle. Das Nähere ergibt sich aus Erl. 1 zu § 1188 (S. 705f.). Auch das dort in Erl. 1c Gesagte gilt für die Inhabergrundschuld (vgl. GBO. § 51 Abs. 2). Nur in einem Punkte gilt hier etwas anderes als für die Bestellung einer Inhaberhypothek. Während die Eintragung der letzteren auch zulässig ist, obwohl die für die Schuldverschreibung auf den Inhaber erforderliche staatliche Genehmigung nicht nachgewiesen ist, darf das Grundbuchamt die Eintragung der Inhabergrundschuld erst nach der Beibringung der staatlichen Genehmigung vornehmen. Denn die Ausstellung und das Inverkehrbringen des Inhabergrundschuldbriefs als einer das Versprechen einer bestimmten Geldsumme enthaltenden Schuldverschreibung auf den Inhaber ohne die erforderliche staatliche Genehmigung ist eine durch das StGB. § 145a mit Strafe bedrohte Handlung und verpflichtet den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der ausstellende Grundbuchbeamte steht (GBO. § 12), zum Ersatze des durch die Ausgabe verursachten Schadens; der ohne staatliche Genehmigung in Verkehr gebrachte Grundschuldbrief ist nichtig (§ 795, EG. Art. 34 Ziff. IV; vgl. Bd. II Erl. zu § 795, Bd. VI S. 126 Erl. 4 zu Art. 34). Das Grundbuchamt muß daher jedenfalls dafür Sorge tragen, daß der Brief nicht ohne die erforderliche staatliche Genehmigung in Verkehr gelangt. Da nun aber die Ausstellung und die Aushändigung des Grundschuldbriefs an den Eigentümer oder an einen von diesem bestimmten Dritten lediglich als eine Folge der Eintragung der Inhabergrundschuld anzusehen ist, erscheint es richtiger, auch diese bis zur Beibringung der Genehmigung zu verweigern (RG. 59 S. 381, KG. 20 S. A 105; a. M. Dernburg III § 246 Ziff. I 3b; Eck S. 319; a. M. hinsichtlich der Eintragung und der Aushändigung an den Eigentümer selbst Fuchs S. 661 Erl. 3).

3. Nach §§ 793, 794 ist **der jeweilige Inhaber des Grundschuldbriefs der Grundschuldgläubiger**, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist. Daß der Brief dem Besteller gestohlen worden oder verloren gegangen oder daß er sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist, steht seinem Gläubigerrechte nicht entgegen. Hierdurch werden die Vorschriften der §§ 1117, 1163 Abs. 2 geändert; die Übergabe des Briefes seitens des Eigentümers ist nicht Voraussetzung des Erwerbes der Inhabergrundschuld. Vor allem aber erfolgt die Abtretung der Inhabergrundschuld nicht nach der Regel des § 1154 Abs. 1, 2, sondern durch Übergabe des Briefes. Entsprechendes gilt von der Belastung der Grundschuld mit Nießbrauch oder Pfandrecht und von der Pfändung (vgl. S. 458 Erl. 3 zu § 1081; § 1293; CPO. §§ 808, 821).

Aus den §§ 793f. ist aber nicht zu folgern, daß ein **Verzicht** des Gläubigers auf die Grundschuld nicht nach § 1168 erfolge, sondern die Übergabe des Briefes an den Eigentümer erfordere und daß die Eintragung des Verzichts ohne gleichzeitige Umwandelung in eine Namensgrundschuld unzulässig sei (a. M. Fuchs S. 661 Erl. 5c; dagegen Oberneck I S. 1019).

4. **Für den jeweiligen Gläubiger** kann gemäß § 1189 **ein Vertreter** bestellt werden. Das S. 707ff. in den Erl. zu § 1189 Gesagte kommt auch hier zur Anwendung. Neben dem Vertreter ist jeder Inhaber des Briefes zur Verfügung über die Grundschuld befugt.

5. Der Eigentümer kann dem Inhaber des Grundschuldbriefs nach § 796 nur solche **Einwendungen** entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus dem Briefe ergeben oder dem Eigentümer unmittelbar gegen den Inhaber zustehen (vgl. Bd. II Erl. zu § 796). Zu den Einwendungen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen, gehören, da bei der Inhabergrundschuld an die Stelle der persönlichen Haftung des Ausstellers die Haftung des Grundstücks tritt, alle Einwendungen, welche die Entstehung des dinglichen Rechtes betreffen. Die Zulassung dieser Einwendungen gegenüber jedem Inhaber des Grundschuldbriefs würde indessen mit dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs im

Widerspruche stehen. Deshalb führt die entsprechende Anwendung des § 796 nur zur beschränkten Zulassung der die Entstehung des dinglichen Rechtes betreffenden Einwendungen; soweit der öffentliche Glaube des Grundbuchs entgegensteht, sind sie ausgeschlossen.

Zweifelhaft ist, ob sich der Inhaber des Grundschuldbriefs Einreden aus der Person seines Rechtsvorgängers gefallen lassen muß, wenn sie entweder aus dem Grundbuch erhellen oder ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt sind. Diese Frage wird von der herrschenden Meinung verneint (anders Oberneck I S. 1018, Staudinger III S. 534 Erl. 2d). Für die Bejahung kann man sich auf die S. 704 Erl. 4 zu § 1187 erörterten Gründe für die Anwendbarkeit des § 1157 auf die Inhaberhypotheken berufen, während die Vorschrift des § 1195 Satz 2, nach welcher der § 796 zur entsprechenden Anwendung gelangt, für die Verneinung spricht.

6. Der Eigentümer wird durch **Zahlung an den Inhaber des Briefes** selbst dann befreit, wenn er weiß, daß dieser nicht der Gläubiger ist, und erwirbt auch in diesem Falle durch die gegen die Zahlung erfolgende Aushändigung des Briefes das Eigentum an dem Briefe und damit die Grundschuld (Bd. II Erl. zu § 793 und zu § 797; anders bei den sonstigen Hypotheken und Grundschulden s. S. 581 Erl. 5 zu § 1138).

Wenn Biermann S. 424 Erl. 2h, Turnau-Förster I S. 878 Erl. 3k (s. auch Oberneck I S. 1019) aus der Vorschrift des § 797 Satz 2 folgern, daß es zur Begründung des Löschungsantrags des Eigentümers keiner Löschungsbewilligung, sondern nur der Vorlegung des Briefes bedürfe, so ist dem entgegenzuhalten, daß der § 797 sich nur auf die Aushändigung gegen Leistung, nicht auf jede Aushändigung an den Eigentümer bezieht (s. Fuchs S. 663 Erl. 8). Da indessen der Eigentümer, welcher den Brief dem Grundbuchamte mit dem Löschungsantrag überreicht, als Besitzer des Briefes als Grundschuldgläubiger gilt, genügt seine Löschungsbewilligung zur Löschung der Grundschuld; der Quittung oder Löschungsbewilligung des bisherigen Inhabers bedarf es nicht.

7. Die **Ausstellung eines neuen Briefes** gegen Rückgabe des alten bestimmt sich nicht nach § 798, sondern nach der GBO. §§ 67, 68. Während der § 798 eine Verpflichtung der Ausstellers einer Schuldverschreibung auf den Inhaber aufstellt, handelt es sich hier um die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Grundbuchamt einen neuen Grundschuldbrief zu erteilen hat, und diese wird allein durch die GBO. beantwortet, da zu der Ausstellung des neuen Briefes eine Zustimmung oder sonstige Mitwirkung des Eigentümers nicht erforderlich ist (a. M. Turnau-Förster I S. 878 Erl. 3f). Der Inhaber des Grundschuldbriefs hat also das Recht auf Erteilung eines neuen Briefes gegen Vorlage des bisherigen unbeschränkt und nicht etwa nur dann, wenn der Brief infolge einer Beschädigung oder einer Verunstaltung zum Umlaufe nicht mehr geeignet ist.

8. Die **Kraftloserklärung des Briefes** erfolgt auf Grund des § 799 und der CPO. §§ 1003ff. Demnach kann insbesondere, anders als nach § 1162, durch eine in den Brief aufzunehmende Bestimmung die Kraftloserklärung ausgeschlossen werden (a. M. Fuchs S. 633 Erl. 11). Die Erteilung eines neuen Briefes an Stelle des für kraftlos erklärten ist durch die GBO. §§ 67, 68 geregelt (s. Erl. 7). Ferner ist die Zahlungssperre zulässig (§ 802, CPO. §§ 1019—1023). Die in der CPO. § 1024 erwähnten Vorbehalte für die Landesgesetze finden hier keine Anwendung.

9. Die die **Ausschließung des unbekannten Gläubigers** regelnden §§ 1170, 1171 gelten auch für die Inhabergrundschuld, der § 1170 jedoch mit der aus § 1188 Abs. 2 ersichtlichen Änderung (s. S. 728 § 1144b Abs. 2, S. 706 Erl. 2 zu § 1188).

10. Nach § 801 **erlischt der Anspruch** aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber **mit dem Ablaufe von dreißig Jahren** nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, wenn nicht vor dem Ablaufe der dreißig Jahre die Urkunde dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch gerichtlich geltend gemacht wird. Die Dauer und der Beginn der Frist können in der Urkunde anders bestimmt werden. Durch die Zahlungssperre wird der Beginn und der Lauf der Frist nach näherer Vorschrift des § 802 gehemmt. Diese Bestimmungen gelten auch für die Inhabergrundschuld. Das Recht des Gläubigers erlischt also mit dem Ablaufe der Vorlegungsfrist. Nach Analogie der Wirkung des Ausschlusses des unbekannten Gläubigers im Aufgebotsverfahren wird man auch dem Ablaufe dieser Ausschlußfrist die Wirkung beilegen dürfen, daß die Grundschuld auf den Eigentümer übergeht.

Wenn innerhalb der Vorlegungsfrist die Vorlage der Urkunde oder die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs erfolgt, so **verjährt** der Anspruch aus einer Schuldverschreibung auf den

§. 1196. Eine Grundschuld kann auch für den Eigenthümer bestellt werden. Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des §. 878 findet Anwendung.

Inhaber in zwei Jahren von dem Ende der Vorlegungsfrist an (§ 801 Abs. 1 Satz 2; vgl. über die Hemmung dieser Frist durch die Zahlungssperre § 802). Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Inhabergrundschulden ist zweifelhaft. Dafür scheint die Redaktionskommission gewesen zu sein, da sie im § 1144b Abs. 2 (S. 728 Erl. 3 zu § 1192) von dem Eintritte der Verjährung spricht; auch auf den Wortlaut des § 1195 Satz 2, nach welchem der § 801 uneingeschränkt zur entsprechenden Anwendung gelangt, kann man sich für die Bejahung dieser Frage berufen. Dagegen spricht aber, daß ein genügender Grund für eine solche Ausnahme von der die Verjährung der Ansprüche aus eingetragenen Rechten ausschließenden Regel des § 902 Abs. 1 Satz 1 nicht erkennbar ist. Folgt man der letzteren Ansicht (so Turnau-Förster I S. 878 Erl. 3h, Biermann S. 424 Erl. 2e, Oberneck I S. 1019; a. M. Fuchs S. 662 Erl. 7), so kommt der Ablauf der Verjährungsfrist nur auf Grund des § 1188 Abs. 2 als Voraussetzung des Aufgebots gemäß § 1170 in Betracht.

11. Da die Inhabergrundschuld regelmäßig **verzinslich** sein wird, ist auch die Ausstellung von **Zinsscheinen** neben dem Grundschuldbriefe materiellrechtlich zuzulassen, weil die Inhabergrundschuld sonst in ihrer praktischen Bedeutung erheblich beschränkt werden würde. Da durch diese Zinsscheine nicht eine persönliche Schuld des Ausstellers, sondern nur die Haftung des Grundstücks für die Zinsen begründet werden soll, ist ihre Ausstellung nicht Sache des Eigentümers, sondern des Grundbuchamts. Die GBO. enthält aber über die Ausstellung und den Inhalt der Zinsscheine keine Bestimmungen. Es wird also nichts anderes übrig bleiben, als die Vorschriften über die Grundschuldbriefe und Teilgrundschuldbriefe (GBO. §§ 70, 56ff., 61) zur entsprechenden Anwendung zu bringen. Das sich hieraus ergebende Resultat ist freilich praktisch ein wenig befriedigendes.

12. **Die Umschreibung** eines auf den Inhaber lautenden Grundschuldbriefs **auf den Namen eines bestimmten Berechtigten** (§ 806) setzt als eine Inhaltsänderung der Grundschuld eine Einigung zwischen dem Inhaber und dem Eigentümer und die Eintragung in das Grundbuch voraus. Die Umschreibung erfolgt also nicht durch den Eigentümer, sondern durch das Grundbuchamt, indem dieses die in das Grundbuch eingetragene Änderung auf dem Briefe vermerkt (GBO. § 62; a. M. Turnau-Förster I S. 878 Erl. 3i). Der Eigentümer ist nicht kraft Gesetzes verpflichtet, dieser Änderung zuzustimmen (§ 806 Satz 2).

13. Hinsichtlich der **Ausstellung des auf den Inhaber lautenden Grundschuldbriefs** ergeben sich aus dem BGB. und der GBO. noch folgende Besonderheiten im Vergleiche zu sonstigen Grundschuldbriefen. Nach § 793 Abs. 2 Satz 2 genügt zur Unterzeichnung eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Unterschrift des Grundbuchamts (D. z. GBO. S. 3047; Achilles-Strecker, GBO. S. 302 Erl. 2d zu § 57; a. M. Fuchs S. 660 Erl. 2) und nach der GBO. § 70 Abs. 2 ist, wenn die Inhabergrundschuld in Teile zerlegt ist, über jeden Teil ein besonderer Brief herzustellen (Achilles-Strecker S. 321 Erl. 3a zu § 70).

14. Schließlich enthält die GBO. § 43 Satz 2, § 54 Abs. 2 Satz 2 noch **Sondervorschriften über die Verpflichtung zur Vorlage des Briefes**, wenn eine Eintragung bei der Inhabergrundschuld erfolgen soll. Die Vorlage kann nur dann unterbleiben, wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung eines nach § 1189 bestellten Vertreters oder durch eine gegen ihn erlassene gerichtliche Entscheidung begründet wird; sonst ist sie stets, auch im Falle der Eintragung eines Widerspruchs erforderlich (Achilles-Strecker S. 277f. Erl. 2 zu § 43).

§ 1196.

E. I § 1142; II § 1105 rev. § 1181; III § 1179. P. I S. 5415ff., 6268, 6273; M. III S. 791ff. P. II Bd. 3 S. 712.

Bruck, Eigentümerhypothek S. 199ff.

1. **Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer.** Nach dem Vorgang einiger Landesrechte, insbesondere der mecklenburgischen und preußischen Gesetzgebung (vgl. M. III S. 792, Achilles 4. Aufl. S. 113, S. 170f. Erl. 1 zu § 27 des EigErwGes.) läßt das BGB. die Bestellung einer Eigentümergrundschuld zu, um dem Eigentümer eine rationelle Verwertung des

§. 1197. Ist der Eigenthümer der Gläubiger, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben.

Zinsen gebühren dem Eigenthümer nur, wenn das Grundstück auf Antrag

---

Realkredits zu ermöglichen. Wenn der Eigentümer eines unbelasteten Grundstücks das Kapital von 20000 Mark, dessen er zurzeit bedarf, bei der augenblicklichen Lage des Geldmarkts gegen zweite Hypothek hinter einer Post von 10000 Mark bekommen kann, so würde er unnötig benachteiligt werden, wenn das Gesetz ihm nicht die Möglichkeit gewährte, das aufzunehmende Darlehen an zweiter Stelle eintragen zu lassen und die erste Post zur Benutzung in schwierigen Zeiten zurückzuhalten (M. III S. 792). Diese Möglichkeit gewährt ihm der § 1196. Der Eigentümer läßt in einem solchen Falle an erster Stelle eine Grundschuld für sich selbst in Höhe von 10000 Mark und an zweiter Stelle die Darlehnshypothek von 20000 Mark eintragen.

Dem gleichen Zwecke dient der Rangvorbehalt (§ 881). Von ihm unterscheidet sich aber die Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer dadurch erheblich, daß bei einer Veräußerung des Grundstücks die vorbehaltene Befugnis auf den Erwerber übergeht (S. 109 Erl. 3 zu § 881), während die Eigentümergrundschuld dem Besteller verbleibt (vgl. Kretzschmar I S. 426f.).

Wie der § 1195, so enthält auch der § 1196 eine Besonderheit für die Grundschuld. Eine Hypothek kann nicht für den Eigentümer bestellt werden, wenn sie auch auf Grund des § 1163 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 von vornherein als Grundschuld dem Eigentümer zustehen kann (S. 522f. Erl. 4 zu § 1113, S. 636f. Erl. 2 zu § 1163).

2. Der § 1196 regelt neben der Zulässigkeit **die Erfordernisse** der Bestellung der Eigentümergrundschuld.

a) Da der Eigentümer mit sich selbst den nach der Regel des § 873 erforderlichen dinglichen Vertrag nicht schließen kann, ist statt der Einigung eine **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung** des Eigentümers für erforderlich erklärt. Diese muß gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben werden; Erklärung vor diesem ist nicht erforderlich. Auch eine Form ist nicht vorgeschrieben. Eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Eintragungsbewilligung bildet nur formellrechtliche Voraussetzung der Eintragung; ihr Fehlen steht der Gültigkeit der trotzdem eingetragenen Grundschuld nicht entgegen. Die dem Grundbuchamte gegenüber abgegebene Erklärung ist sofort bindend (a. M. Biermann S. 425, Willenbücher S. 261 Erl. 1, die die Unwiderruflichkeit an die Formvorschriften der GBO. § 29 knüpfen, und Fuchs S. 666 Erl. 3, der den Widerruf bis zur Eintragung für zulässig hält). Nach § 878 wird sie auch nicht unwirksam, wenn der Eigentümer in der Verfügung beschränkt wird, nachdem er die Erklärung abgegeben hat und der Antrag auf Eintragung der Grundschuld gestellt worden ist.

Die Erklärung muß darauf gerichtet sein, daß die Grundschuld für den Erklärenden „in das Grundbuch eingetragen werden soll" (vgl. S. 636 Erl. 2 zu § 1163). Aus diesen Worten wird indessen nicht geschlossen werden dürfen, daß abweichend von den allgemeinen Grundsätzen die Grundschuld nicht zur Entstehung gelangt, wenn ausnahmsweise die Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt erst nach der Eintragung erfolgt.

b) Außer der Erklärung des Eigentümers bedarf es der **Eintragung in das Grundbuch**. Diese untersteht den allgemeinen Regeln. Die Grundschuld ist auf den Namen des Grundschuldbestellers, nicht schlechthin für den Eigentümer als solchen einzutragen, denn sie ist kein mit dem Eigentume verbundenes Recht, sondern verbleibt dem Besteller auch nach der Veräußerung des Grundstücks (s. Erl. 1 Abs. 2).

3. Die Eigentümergrundschuld kann **als Briefgrundschuld oder als Buchgrundschuld** bestellt werden. Zur Ausschließung der Erteilung des Briefes bedarf es, entgegen der Regel des § 1116 Abs. 2, nur der einseitigen Erklärung des Eigentümers; da zu der Bestellung selbst keine Einigung erforderlich ist, kann diese auch keine Voraussetzung für den näheren Inhalt, für die Art der Grundschuld bilden.

4. Die dem Eigentümer als Grundschuldgläubiger zustehenden **Befugnisse** ergeben sich aus § 1197.

§ 1197.

E. I §§ 1076, 1099, 1143; II § 1106 rev. § 1182; III § 1180. P. I S. 5183ff., 5415f., 5420ff., 5452; M. III S. 678f., 734f., 794f. P. II Bd. 3 S. 572f., 610f., 712. D. S. 670.

1. Durch den § 1197 werden die **Rechte des Eigentümers als Grundschuldgläubiger** geregelt, und zwar nicht nur für den Fall, daß die Grundschuld gemäß § 1196 von vornherein für

eines Anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung.

---

den Eigentümer bestellt ist, sondern für alle Fälle, in denen die Grundschuld dem Eigentümer zusteht. Der § 1197 gilt demnach insbesondere auch für die Fälle der Umwandelung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs. 1). Aber auch wenn die Hypothek als solche dem Eigentümer zusteht, bestimmen sich für die Dauer der Vereinigung die Rechte des Eigentümers nach § 1197 (§ 1177 Abs. 2; vgl. S. 672 Erl. 3b zu § 1177).

2. Den **Inhalt der Eigentümergrundschuld** bestimmt das BGB. nicht durch Aufzählung der dem Eigentümer zustehenden Befugnisse, sondern durch Hervorhebung der diesem fehlenden Rechte und gibt dadurch zu erkennen, daß der Eigentümer im übrigen alle Rechte des Grundschuldgläubigers hat, daß sein Recht ein wirkliches Grundschuldrecht ist (S. 513f. Vorbm. 2e, S. 672 Erl. 3b zu § 1177). Der Eigentümer ist demnach, wie in dem preuß. EigErwGes. § 27 ausdrücklich bestimmt war, insbesondere auch befugt, über die Grundschuld zu verfügen und auf dritte Personen die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu übertragen sowie bei der Verteilung der Kaufgelder infolge einer gerichtlichen Zwangsversteigerung die Grundschuld für sich geltend zu machen. Daß der Eigentümer die letztere Befugnis und zwar nicht nur bei der Zwangsversteigerung, sondern auch bei der Zwangsverwaltung hat, war auch im E. I § 1076 Satz 1 hervorgehoben; die zweite Kommission hat diesen Satz als selbstverständlich gestrichen (M. III S. 679; P. II Bd. 3 S. 572). Ebenso selbstverständlich ist die Verfügungsbefugnis des Eigentümers (vgl. S. 673ff. Erl. 4—6 zu § 1177). Zweifelhaft ist dagegen, inwieweit dem Eigentümer das in dem preuß. EigErwGes. § 27 ebenfalls hervorgehobene Recht zusteht, sich einen Grundschuldbrief ausfertigen zu lassen. Ist die Grundschuld von vornherein für den Eigentümer eingetragen, so ist die Erteilung eines Briefes eine selbstverständliche Folge der Eintragung. Der Eigentümer erhält diesen, sofern er nicht die Erteilung ausgeschlossen hat (Erl. 3 zu § 1196). Hat er letzteres aber getan oder ist eine Buchgrundschuld oder eine Buchhypothek auf den Eigentümer übergegangen, so scheint der Aufhebung der Ausschließung eines Briefes die Vorschrift des § 1116 Abs. 3 entgegenzustehen, nach welcher zu einer solchen Aufhebung die Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer erforderlich, eine solche Einigung hier aber nicht möglich ist, weil der Gläubiger und der Eigentümer dieselbe Person ist. Aus der Vorschrift des § 1196, nach welcher zur Begründung der Eigentümergrundschuld eine einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte genügt, wird indessen vermöge eines argumentum a majore ad minus zu folgern sein, daß auch die Aufhebung der Ausschließung des Briefes durch einseitige Erklärung von seiten des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und durch Eintragung erfolgen kann. Man wird allgemein sagen müssen, daß Bestimmungen, welche der Eigentümer bei Begründung einer Eigentümergrundschuld über deren Inhalt hätte treffen können, auch später in betreff jeder Eigentümergrundschuld von ihm einseitig getroffen werden können. Das Verhältnis liegt hier anders als bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit im Falle der Identität des Eigentümers des herrschenden und des dienenden Grundstücks (RG. 47 S. 202; oben S. 359 Vorbm. 4 vor § 1018); denn in dem letzteren Falle fehlt eben eine dem § 1196 Abs. 2 entsprechende Vorschrift (vgl. jedoch Erl. 2a zu § 1198).

3. Die im § 1197 ausdrücklich ausgesprochenen **Beschränkungen der Rechte des Eigentümers als Grundschuldgläubiger** sind S. 672 Erl. 3b zu § 1177 bereits besprochen.

Dieselben gelten aber nur für die Dauer der Vereinigung von Gläubigerrecht und Eigentum. Geht das Grundschuldrecht ohne das Eigentum an dem belasteten Grundstück oder dieses ohne jenes von dem Eigentümer auf eine andere Person über, so stehen in dem ersteren Falle dem neuen Gläubiger und in dem letzteren dem bisherigen Eigentümer alle Befugnisse des Grundschuldgläubigers zu, da nunmehr das Hindernis, welches der vollen Ausübung des Grundschuldrechts entgegenstand, die Identität des Gläubigers und des Eigentümers weggefallen ist. Das preuß. EigErwGes. §§ 27, 28 sprach dies ausdrücklich aus; dem BGB. fehlt eine solche Bestimmung, weil ihr Inhalt sich von selbst versteht. Dementsprechend gelten die Bestimmungen des § 1197, wenn die Grundschuld eine an dem eigenen Grundstücke des Gläubigers und an fremden Grundstücken bestehende Gesamtgrundschuld ist, nur hinsichtlich des ersteren Grundstücks; an den fremden Grundstücken stehen dem Gläubiger die vollen Rechte zu.

§. 1198. Eine Hypothek kann in eine Grundschuld, eine Grundschuld kann in eine Hypothek umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich.

---

§ 1198.

E. I § 1144; II § 1107 rev. § 1183; III § 1181. P. I S. 5444 ff., 6244, 6248, 11974; M. III S. 795 f. P. II Bd. 3 S. 720 ff.; Bd. 4 S. 587.

1. **Zulässigkeit der Umwandelung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt.** Während für das preußische Recht nur die Umwandelung einer Hypothek in eine Grundschuld durch das EigErwGes. § 29 ausdrücklich zugelassen, die Zulässigkeit der Umwandelung der Grundschuld in eine Hypothek dagegen streitig war (vgl. Achilles 4. Aufl. S. 176 f. Erl. 5 zu § 29), gestattet das BGB. im Interesse des Realkredits beide Umwandelungen und bringt dadurch, wie S. 515 f. Vorbm. 3 bereits erwähnt, die Gleichheit des Wesens beider Belastungsformen zum Ausdruck.

Ob die umzuwandelnde Hypothek eine Verkehrshypothek oder eine Sicherungshypothek, eine Buch- oder eine Briefhypothek ist, ist gleichgültig. Ebenso kann die Grundschuld, einerlei, ob die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist oder nicht, in jede dieser Hypothekenformen umgewandelt werden. Auch die Umwandelung der Grundschuld in eine Hypothek für eine bedingte, betagte oder künftige Forderung ist zulässig (Rspr. 10 S. 86).

2. **Die Voraussetzungen** der Umwandelung waren im E. I § 1144 besonders geregelt. In der zweiten Kommission ist diese Vorschrift geändert, weil die Umwandelung eine Inhaltsänderung darstellt und damit ohne weiteres den Bestimmungen der §§ 877, 878 unterliegt (P. II Bd. 4 S. 587).

a) Demnach bedarf es **der Einigung** und **der Eintragung** der Umwandelung in das Grundbuch. Dies gilt ausnahmslos für alle Fälle der rechtsgeschäftlichen Umwandelung. Vielfach wird freilich für die Eigentümerhypothek und die Eigentümergrundschuld eine Ausnahme behauptet; zu deren Umwandelung gemäß § 1198 soll eine einseitige Erklärung des Eigentümers genügen (so Turnau-Förster I S. 882 Erl. 2, Biermann S. 425 Erl. zu § 1196, Oberneck I S. 1015, Boehm S. 311 Ziff. II, Bruck, Eigentümerhypothek S. 228, Dernburg III § 210 Anm. 5, OLG. Braunschweig in Rspr. 2 S. 319 und auch RG. 25 S. A 299, letzteres jedoch mit der Einschränkung, daß der Eigentümer sie nicht in eine ihm selbst zustehende Hypothek, sondern nur zur Sicherung einer Forderung eines Dritten umwandeln könne). Indem indessen das BGB. für die Bestellung der Eigentümergrundschuld, der Inhabergrundschuld und der Inhaberhypothek von dem Erfordernisse der Einigung durch ausdrückliche Vorschriften (§§ 1188, 1195, 1196) Ausnahmen zuläßt, gibt es zu erkennen, daß sich solche Ausnahmen bei der Identität von Gläubiger und Eigentümer nicht von selbst verstehen. Das Verhältnis liegt hier anders als in dem in Erl. 2 zu § 1197 erwähnten Falle. Bei der dort besprochenen Umwandelung einer Buchgrundschuld in eine Briefgrundschuld handelte es sich um eine Bestimmung, die der Eigentümer sofort bei der Begründung einer Eigentümergrundschuld hätte treffen können; sie mußte als das minus gegenüber der durch § 1196 Abs. 2 bestimmten Befugnis angesehen werden. Hier handelt es sich aber nicht um einen minus, sondern um ein aliud. Der Eigentümer eines Grundstücks ist nicht befugt, durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt eine Eigentümerhypothek für sich zu begründen; deshalb kann aus § 1196 Abs. 2 auch nicht geschlossen werden, daß er einseitig eine Eigentümergrundschuld in eine Eigentümerhypothek umwandeln könnte. Die Umwandelung einer Eigentümerhypothek in eine Eigentümergrundschuld kann er mittelbar einseitig dadurch herbeiführen, daß er gemäß § 1168 auf die Hypothek verzichtet (vgl. S. 672 f. Erl. 3 a α, β zu § 1177, S. 682 Erl. 3 a zu § 1180, S. 737 Erl. 2 zu § 1197; Maenner S. 299 Anm. 23; Staudinger III S. 537 Erl. 1 a sowie Fuchs S. 670 f. Erl. 6, der nur hinsichtlich der Umwandelung einer Hypothek des Eigentümers in eine Eigentümergrundschuld a. M. ist).

Wenn eine Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt werden soll, muß der dingliche Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger der Forderung geschlossen werden, zu deren Sicherung die Hypothek von nun ab dienen soll. Ist dieser mit dem bisherigen Grundschuldgläubiger nicht identisch, so bedarf es der Abtretung der Grundschuld an jenen Gläubiger. Indessen dürfte es unbedenklich sein, in diesem Falle auch den § 1180 zu entsprechender Anwendung zu bringen (S. 683 f. Erl. 4 b zu § 1180). Soll umgekehrt eine Hypothek als Grundschuld auf einen neuen Berechtigten übertragen werden, so ist zunächst deren Umwandelung durch Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Hypothekengläubiger und durch Eintragung in das Grundbuch zu bewirken, bevor die Abtretung erfolgen kann.

Auf die Einigung finden die Vorschriften des § 873 Abs. 2 über die zur Bindung der Beteiligten erforderliche Form und des § 878 über die Wirkungslosigkeit der Verfügungsbeschränkung Anwendung. Der obligatorische Vertrag, durch den eine Verpflichtung zur Umwandelung übernommen wird, bedarf nicht der im § 873 Abs. 2 vorgeschriebenen Formen (RG. 50 S. 77).

b) **Die Eintragung** der Umwandelung erfolgt auf Bewilligung des Gläubigers und des Eigentümers und auf Antrag eines von beiden. Ist die umzuwandelnde Post eine Eigentümerhypothek oder eine Eigentümergrundschuld, so genügt die Bewilligung des Eigentümers (vgl. S. 673 Erl. 3 c β zu 1177); zulässig ist aber nach dem in Erl. 2 a Gesagten die Eintragung der Umwandelung frühestens gleichzeitig mit der Eintragung der Abtretung der Post oder mit der Eintragung des Eigentumsüberganges. Bei der Eintragung ist die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß §§ 874, 1115 zulässig (s. Götte im CBl. f. FG. 1 S. 655).

c) Außer der Einigung und der Eintragung bedarf es zu der Umwandelung zwar der **Zustimmung des Dritten**, welchem ein Recht an der umzuwandelnden Post zusteht, nach näherer Bestimmung des § 876 (S. 95 f. Erl. 1—5 zu § 876), aber **nicht der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten.** Abweichend von dem E. I § 1144 erklärt das BGB. diese nicht nur für die Umänderung der Grundschuld in eine Hypothek, sondern auch für die Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld für unnötig; diese Änderung beruht auf der Ausgestaltung des Instituts der Eigentümerhypothek (vgl. M. III S. 796; P. II Bd. 3 S. 721 f.; oben S. 683 Erl. 3 e zu § 1180, S. 699 Erl. 2 zu § 1186). Ebensowenig ist zur Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld die **Zustimmung des persönlichen Schuldners** erforderlich; sein Interesse wird durch § 1165 gewahrt.

3. **Die Wirkungen der Umwandelung** bestehen darin, daß das dingliche Recht, welches bisher als Hypothek bestanden hat, nunmehr als Grundschuld weiterbesteht oder umgekehrt. Durch die Umwandelung wird also kein neues dingliches Recht geschaffen, sondern nur das bisher bestehende inhaltlich geändert. Dementsprechend ist die Umwandelung in der für Veränderungen bestimmten Spalte des Grundbuchblatts einzutragen. Im einzelnen ergeben sich die Wirkungen aus den dargestellten Unterschieden zwischen den Hypotheken und den Grundschulden von selbst. Vgl. insbesondere über den Einfluß der Umwandelung einer Hypothek in eine Grundschuld auf die gesicherte Forderung S. 683 Erl. 4 a zu § 1180 und über den umgekehrten Fall ebd. Erl. 4 b Abs. 1. Von dem an ersterer Stelle Gesagten gilt jedoch dann eine Ausnahme, wenn der Gläubiger die Grundschuld als Erfüllung für seine persönliche Forderung annimmt; alsdann erlischt diese.

Die Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld hat auf die vereinbarten und, wenn auch nur durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, eingetragenen Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen an sich keinen Einfluß (M. III S. 795). Der Gläubiger und der Schuldner können jedoch abweichende Bedingungen bei der Umwandelung vereinbaren. Hierzu bedarf es aber, sofern dadurch eine Mehrbelastung des Grundstücks herbeigeführt wird, der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten, soweit diese nicht im § 1119 für nicht erforderlich erklärt ist (vgl. S. 700 Erl. 4 zu § 1186). Sind jedoch Rückzahlungsbedingungen weder früher noch bei der Umwandelung vereinbart, so bestimmt sich nunmehr die Fälligkeit und der Zahlungsort nicht mehr nach den gesetzlichen Bestimmungen des Rechtes der Schuldverhältnisse, sondern nach §§ 1193, 1194, da als Wille der Beteiligten zu vermuten ist, daß sie das von der Forderung losgelöste dingliche Recht künftig nicht mehr den die Forderung regelnden gesetzlichen Normen unterstellen wollen. Wird umgekehrt eine Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt, so bestimmt sich ihre Zahlungszeit und ihr Zahlungsort von jetzt ab nach den für die Forderung geltenden Bestimmungen, sofern nichts anderes vereinbart ist. Sind aber besondere Rückzahlungsbedingungen eingetragen, so bleiben diese gültig, bis sie durch Einigung und Eintragung beseitigt werden. Letzteres gilt auch von den Verzinsungsbedingungen.

Wird eine Verkehrsbuchhypothek in eine Grundschuld oder eine Buchgrundschuld in eine Hypothek umgewandelt, so bleibt die Erteilung des Briefes ausgeschlossen, wenn nicht durch Einigung und Eintragung die Ausschließung aufgehoben wird. Wenn dagegen eine Sicherungshypothek in eine Grundschuld umgeändert wird, so ist diese in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung und Eintragung eine Briefgrundschuld (s. S. 536 Erl. 2 zu § 1116). Eine Briefhypothek oder eine Briefgrundschuld bleibt selbstverständlich trotz der Umwandelung eine Briefpost, wenn nicht gleichzeitig die Erteilung des Briefes gemäß § 1116 Abs. 2 ausgeschlossen wird; nur die Umwandelung in eine Sicherungshypothek macht die Briefgrundschuld ohne weiteres zur Buchhypothek (S. 535 Erl. 1 zu § 1116). Über die Behandlung des Briefes

II. Rentenschuld.

§. 1199. Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Rentenschuld).

Bei der Bestellung der Rentenschuld muß der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die Ablösungssumme muß im Grundbuch angegeben werden.

---

im Falle der Umwandelung vgl. GBO. § 65 (Achilles-Strecker S. 315f. Erl. 3 zu § 65; Rspr. 10 S. 125, 11 S. 3).

4. Neben der durch § 1198 geregelten rechtsgeschäftlichen Umwandelung kennt das BGB. auch eine sich kraft Gesetzes vollziehende Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld in dem Falle des § 1177 und der Grundschuld in eine Hypothek in den Fällen des § 1173 Abs. 2, § 1182 (S. 730 Erl. 4 d zu § 1192, S. 689 Erl. 6 zu § 1182) sowie der Eigentümergrundschuld in eine Gläubigerhypothek nach dem S. 540 Erl. 4 zu § 1117 und S. 638f. Erl. 3c, 5 zu § 1163 Gesagten in den Fällen des § 1163 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 mit der nachträglichen Entstehung der Forderung oder der nachträglichen Briefübergabe (RG. in Seuff. A. 60 Nr. 151).

5. **Übergangsbestimmung.** Die Vorschriften des § 1198 finden auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsgrundbuchrechts bestehenden Hypotheken und Grundschulden Anwendung (Bd. VI S. 391 Erl. 8 h zu Art. 192).

II. Rentenschuld.

1. **Inhaltsübersicht.** Die §§ 1199—1203 enthalten die Sondervorschriften für die Rentenschuld. Im § 1199 wird ihre Zulässigkeit und ihr Inhalt bestimmt. Der § 1200 regelt die Rentenschuld im allgemeinen durch Verweisung auf die Vorschriften über die Hypothekenzinsen und das Grundschuldkapital. In den §§ 1201, 1202 ist das Ablösungsrecht geordnet und durch § 1203 die Umwandelung der gewöhnlichen Grundschuld in eine Rentenschuld und umgekehrt für zulässig erklärt.

2. **Der Begriff der Rentenschuld** und die Gründe für ihre Aufnahme in das BGB. sind S. 512 Vorbm. 2 d bereits erörtert.

3. **Unterschiede von der Reallast.** Die Belastung eines Grundstücks mit einer Geldrente kann nicht nur durch Bestellung einer Rentenschuld, sondern auch durch Bestellung einer Reallast erfolgen. Zwischen diesen beiden dinglichen Rechten bestehen folgende Unterschiede. Bei der Reallast brauchen die Zahlungstermine nicht regelmäßig wiederzukehren. Bei ihr gibt es keine dem Rentenschuldbrief entsprechende Urkunde. Sie kann nicht für den Inhaber des Briefes oder für den Eigentümer bestellt werden; umgekehrt ist eine Rentenschuld als subjektiv-dingliches Recht nicht zugelassen (RJA. 4 S. 257). Nur eine Rentenschuld kann in eine gewöhnliche Grundschuld umgewandelt werden. Nur bei ihr ist die Ablösung reichsgesetzlich geregelt, insbesondere die Eintragung der Ablösungssumme in das Grundbuch vorgeschrieben; dies ist nach ZVG. §§ 92, 121, 158 auch für die Zwangsvollstreckung von Bedeutung (s. Erl. 2 zu § 1201). Die Zahlung der Ablösungssumme hat kraft Gesetzes den Übergang der Rentenschuld auf den Eigentümer zur Folge. Besonders hervorzuheben ist schließlich, daß der Eigentümer bei der Reallast für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch persönlich haftet, bei der Rentenschuld dagegen nur mit dem Grundstücke (vgl. P. II Bd. 3 S. 778; Z. f. CP. 27 S. 361; Kretzschmar I S. 429ff.).

4. Das bayer. Ges., Übergangsvorschriften z. BGB. betr., v. 9. Juni 1899 Art. 47 hat das **Münchener Ewiggeld**, das im bisherigen Rechte die Natur einer Reallast hatte, von der Grundbuchanlegung an in eine Rentenschuld des BGB. umgewandelt. Dadurch ist die Vollstreckbarkeit der über das Ewiggeld ausgestellten Giltbriefe nicht berührt worden.

§ 1199.

E. II § 1106 rev. § 1184; III § 1182. P. II Bd. 3 S. 771ff., 782. D. S. 669, 674.

1. Für den Begriff der Rentenschuld ergibt sich aus § 1199 zunächst, daß diese eine Unterart der Grundschuld ist. Die Rentenschuld ist also unabhängig von dem zugrunde liegenden Forderungsrecht; als akzessorisches Recht, als Hypothek ist sie nicht zugelassen. Das

S. 730 f. Erl. 5 zu § 1192 Gesagte gilt daher auch für die Rentenschuld. Wie die Grundschuld, kann auch die Rentenschuld sowohl als Buchgrundschuld wie als Briefgrundschuld und, abweichend von der Hypothek, auch für den Inhaber des Briefes und für den Eigentümer bestellt werden. Auch im übrigen finden die für die gewöhnliche Grundschuld geltenden Vorschriften auf die Rentenschuld Anwendung, soweit sich nicht aus den besonderen Bestimmungen über diese ein anderes ergibt (D. S. 674).

2. **Der wesentliche Unterschied zwischen der gewöhnlichen Grundschuld und der Rentenschuld** besteht darin, daß diese nicht auf Zahlung eines Kapitals, sondern auf **Zahlung einer seitens des Gläubigers unkündbaren Geldrente in regelmäßig wiederkehrenden Terminen** gerichtet ist. Nur auf die Rente hat der Gläubiger grundsätzlich ein Recht. Die Ablösungssumme kann er nur im Falle des § 1133 Satz 2 oder nach vorgängiger Kündigung durch den Eigentümer fordern (§ 1201 Abs. 2, § 1202 Abs. 3). Die Ablösungssumme ist nicht als das Kapital und die Rente als Zins dieses Kapitals anzusehen. Die zweite Kommission hat es abgelehnt, die Rentenschuld als eine verzinsliche Grundschuld, bei der nur dem Eigentümer das Kündigungsrecht zusteht, zu bezeichnen, und die Fassung des § 1199 gewählt, welche als charakteristisches Merkmal der Rentenschuld die Belastung mit einer Rente in den Vordergrund stellt und die etwaige Ablösung derselben mittels eines Kapitals als sekundäre Bestimmung hinzufügt (P. II Bd. 3 S. 778 f.). Demnach muß der Wille der Beteiligten bei der Bestellung einer Rentenschuld dahin gehen, daß das Grundstück mit einer seitens des Gläubigers unkündbaren Rente belastet werde. Beabsichtigen sie dagegen die Belastung des Grundstücks mit einem seitens des Gläubigers unkündbaren Kapitale, dann ist die Hypothek oder die gewöhnliche Grundschuld die geeignete Form. Dies gilt vor allem von einem allmählich zu tilgenden Kapital. Eine Rentenschuld, bei welcher die Rente ganz oder zum Teil einen Beitrag zur Tilgung des Kapitals bildet, ist unzulässig. Durch sie würde dem Gläubiger ein Recht auf die Ablösungssumme gewährt, da diese durch die Amortisationsbeiträge allmählich getilgt wird, und das widerspricht der Vorschrift des § 1201 Abs. 2 (RG. 20 S. A 212; a. M. Kretzschmar I S. 431 f.; Gierke, D. Privatr. II S. 916 § 165 Anm. 6). Hieraus kann man aber nicht mit dem RG. (a. a. O.) folgern, daß eine zeitlich beschränkte Rentenschuld regelmäßig unzulässig ist, sondern nur, daß sie dann unzulässig ist, wenn sie auf eine allmähliche Tilgung des für ihren Erwerb aufgewendeten Kapitals hinausläuft (a. M. Fuchs S. 675 f. Erl. 3, Oberneck I S. 1023, die eine durch Endtermin oder auflösende Bedingung beschränkte Rente als dem Wesen der Rentenschuld widerstrebend bezeichnen).

Die Zahlungstermine müssen *regelmäßig* wiederkehren, während die Reallasten auch auf unregelmäßig wiederkehrende Leistungen gerichtet sein können (§ 1105). *Daß die Rente stets in gleicher Höhe zu entrichten ist, verlangt § 1199 nicht.* Auch eine bedingte, z. B. für den Fall der Zahlungssäumnis festgesetzte Erhöhung der Rente dürfte nicht unzulässig sein; das RG. (a. a. O.) läßt diese Frage unentschieden.

3. **Ablösungssumme.** Nach § 1199 Abs. 1 würde zur Bestellung der Rentenschuld nur die Einigung über den Betrag der Rente und über die Zahlungstermine und die Eintragung dieser beiden Punkte sowie des Gläubigers in das Grundbuch erforderlich sein. Der Abs. 2 stellt als weitere Voraussetzung *die Bestimmung und die Eintragung der Ablösungssumme* auf. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift hat die Nichtigkeit der Rentenschuld zur Folge; diese ist nach der GBO. § 54 Abs. 1 Satz 2 von Amtswegen zu löschen. Ist die Bestimmung der Ablösungssumme unterblieben, so kann der dingliche Vertrag als ein auf Bestellung einer Reallast abzielendes Rechtsgeschäft Gültigkeit behalten, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde (§ 140). Zur Entstehung dieser Reallast bedarf es aber deren Eintragung als Reallast in das Grundbuch; die Eintragung der Rentenschuld ohne Angabe der Ablösungssumme ersetzt sie nicht (im Ergebnis übereinstimmend Fuchs S. 677 Erl. 7). Die gleich- oder nachstehenden Berechtigten müssen sich darauf verlassen können, daß ein dingliches Recht, dessen Nichtigkeit aus dem Grundbuch erhellt, weil der Eintragungsvermerk nicht den wesentlichen Inhalt hat, nicht zu Recht besteht.

Die Eintragung der Ablösungssumme in das Grundbuch kann nach §§ 1200, 1115 durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nicht ersetzt werden (bay. Dienstanw. v. 27. Febr. 1905 § 461; Oberneck I S. 1022; a. M. Fuchs S. 676 Erl. 5, S. 680 Erl. 14). Die Ablösungssumme muß auch in dem Rentenschuldbriefe bei Meidung der Nichtigkeit angegeben sein (GBO. § 70 Abs. 1 Satz 2).

Die Höhe der Ablösungssumme unterliegt der Parteibestimmung. Ein Antrag, die Vertragsfreiheit durch eine Bestimmung einzuschränken, nach welcher die Ablösungssumme das

§. 1200. Auf die einzelnen Leistungen finden die für Hypothekenzinsen, auf die Ablösungssumme finden die für ein Grundschuldkapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger hat die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld.

Dreißigfache des Jahresbetrags der Rente nicht übersteigen dürfe, ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden (P. II Bd. 3 S. 782). Die Ablösungssumme kann, wie das Grundschuldkapital (§ 1200), nur eine einheitliche sein und nicht je nach der Zeit der Ablösung verschieden bestimmt werden (Turnau-Förster I S. 885 Erl. 4, S. 887 Erl. 2; a. M. Fuchs S. 676 Erl. 4, Kretzschmar I S. 431, Staudinger III S. 539 Erl. 3a).

Die Bedeutung der Ablösungssumme ergibt sich aus §§ 1200—1202 und aus dem ZVG. § 92 Abs. 3, § 158 (s. Erl. 2 zu § 1201).

§ 1200.

E. II § 1109 rev. § 1185; III § 1183. P. II Bd. 3 S. 775f., 779, 782. D. S. 674.

1. **Die die einzelnen Leistungen** betreffende Vorschrift des Abs. 1 entspricht der des § 1192 Abs. 2. Wie dort bezüglich der Zinsen der Grundschuld, werden hier bezüglich der einzelnen Leistungen der Rentenschuld die für Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt (D. S. 674). Es ist daher an dieser Stelle auf S. 721 Erl. 2 zu § 1192 zu verweisen. Unbedenklich anwendbar sind demnach die Bestimmungen des § 1145 Abs. 2, der §§ 1158, 1159, des § 1160 Abs. 3 und des § 1178 (vgl. Hachenburg, Beiträge S. 52f.; Vorträge S. 578f.). Zweifelhaft ist dagegen die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 1119, da die Rente nicht als Zins der Ablösungssumme anzusehen ist (S. 741 Erl. 2 zu § 1199). Trotzdem wird man auch diese Bestimmung auf die Rentenschuld zur Anwendung bringen dürfen, so daß also der Eigentümer und der Gläubiger ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten die Rente auf den einem Zinsfuße von 5% der Ablösungssumme entsprechenden Betrag erhöhen dürfen. Denn diese können das gleiche Ergebnis ohne die Zustimmung jener Berechtigten auf dem Umweg erreichen, daß sie die Rentenschuld gemäß § 1203 in eine Grundschuld umwandeln, deren Zinsfuß gemäß § 1119 auf 5% festsetzen und darauf wieder die Grundschuld in eine Rentenschuld zurückverwandeln und hierbei den so erhöhten Zinsbetrag als Jahresbetrag der Rente beibehalten (P. II Bd. 3 S. 782; Erl. 2 zu § 1203). Da aber auf diesem Wege die Erhöhung des Rentenbetrags ohne die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten möglich ist, steht nichts entgegen, den § 1119 dem Wortlaute des § 1200 entsprechend unmittelbar zur Anwendung zu bringen.

Auf Grund des § 1200 kommt auf die rückständigen Leistungen auch die Bestimmung des § 289 zur Anwendung, wonach von ihnen Verzugszinsen trotz des § 1146 nicht zu entrichten sind.

Schließlich gilt für die Eigentümer-Rentenschuld die Vorschrift des § 1197 Abs. 2, wonach der Eigentümer die Rente nur für die Dauer einer Zwangsverwaltung beanspruchen kann.

2. Der Unterordnung der Rentenschuld unter den Begriff der Grundschuld (S. 740f. Erl. 1 zu § 1199) entspricht es, daß auf **die Ablösungssumme** die für ein Grundschuldkapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden und daß die Zahlung der Ablösungssumme die gleiche Wirkung hat wie die Zahlung jenes Kapitals. Durch diese erwirbt also der Eigentümer die Rentenschuld. Auch in den übrigen Fällen, in denen eine gewöhnliche Grundschuld auf den Eigentümer übergeht (S. 729 Erl. 4d zu § 1192), ist dies auch hinsichtlich der Rentenschuld der Fall. Streitig ist, ob sie in der Hand des Eigentümers eine Rentenschuld bleibt oder sich in eine gewöhnliche Grundschuld verwandelt. Biermann sprach sich in der 1. Aufl. S. 253 (anders 2. Aufl. S. 428) für letztere Ansicht aus, weil die Zahlung der Ablösungssumme durch § 1200 Abs. 2 die gleiche Wirkung haben solle wie die Zahlung eines Grundschuldkapitals und der Eigentümer durch diese stets nur eine Grundschuld, nicht eine Rentenschuld erwerbe. Indessen die Zahlung des Grundschuldkapitals überträgt auf den Eigentümer das dingliche Recht in derselben Gestalt, wie es dem befriedigten Gläubiger zusteht. Dem entspricht der Übergang der Rentenschuld als solcher bei der Zahlung der Ablösungssumme. Hierfür spricht auch das Fehlen einer dem § 1177 Abs. 1 entsprechenden Vorschrift, welche die Umwandelung der Rentenschuld in eine Grundschuld für alle Fälle der Vereinigung von Eigentum und Gläubigerrecht in einer Person vorschreibt. Richtiger erscheint daher die Ansicht von Hachenburg (Vorträge S. 578, Beiträge

§. 1201. Das Recht zur Ablösung steht dem Eigenthümer zu.

Dem Gläubiger kann das Recht, die Ablösung zu verlangen, nicht eingeräumt werden. Im Falle des §. 1133 Satz 2 ist der Gläubiger berechtigt, die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke zu verlangen.

S. 52), Boehm S. 314 Ziff. II, Oberneck I S. 1024, Turnau-Förster I S. 886 Erl. 2, Fuchs S. 679 Erl. 12, daß die Rentenschuld als solche auf den Eigentümer übergeht. Demnach erwirbt auch derjenige, welchem der Eigentümer das auf ihn übergangene Recht ohne gleichzeitige Umwandelung gemäß § 1203 abgetreten hat, eine Rentenschuld und nicht eine gewöhnliche Grundschuld. Zahlt der Eigentümer nur einen Teil der Ablösungssumme, so erwirbt er auch nur das Recht auf einen entsprechenden Teilbetrag der Rente. Eine kraft Gesetzes erfolgende Umwandelung der Rentenschuld findet nur in den Fällen statt, in denen eine Gesamtgrundschuld sich in eine Hypothek für die Ersatzforderung des Eigentümergläubigers gegen die Eigentümer der anderen belasteten Grundstücke verwandelt (s. S. 730 Erl. 4d zu § 1192, S. 689 Erl. 6 zu § 1182); in diesen Fällen wird auch die Rentenschuld zur Hypothek in Höhe der Ersatzforderung und bleibt im übrigen als Rentenschuld bestehen.

§ 1201.

E. II § 1110 rev. § 1186; III § 1184. P. II Bd. 3 S. 776, 780 f. D. S. 674.

1. Die Vorschriften des § 1201 sind, wie S. 741 Erl. 2 zu § 1199 bereits erwähnt, für den Begriff der Rentenschuld von besonderer Bedeutung. Gerade in der **absoluten Unkündbarkeit der Rente seitens des Gläubigers** liegt die wesentliche Bedeutung der Rentenschuld, wie in der zweiten Kommission hervorgehoben wurde. Die Mehrheit dieser Kommission war der Meinung, daß die Rentenschuld fast vollständig ihren Wert verlieren würde, wenn man die Möglichkeit offen lasse, ein Kündigungsrecht des Gläubigers vertragsmäßig einzuführen, weil der Gläubiger, welcher regelmäßig bei der Hingabe des Darlehens der stärkere Teil sei, sich alsdann ganz regelmäßig ein Kündigungsrecht ausbedingen werde; für derartige Belastungen bedürfe es nicht der Schaffung einer neuen Kreditform neben der Hypothek und der Grundschuld (P. II Bd. 3 S. 781). Selbst für den Fall, daß der Eigentümer mit der Entrichtung mehrerer auf einander folgender einzelnen Leistungen in Verzug ist, kann dem Gläubiger das Kündigungsrecht nicht eingeräumt werden; ein dahingehender Antrag ist abgelehnt worden (P. II Bd. 3 S. 780). Demnach ist eine jede Vereinbarung, nach welcher auch dem Gläubiger das Kündigungsrecht zustehen soll, nichtig und hat die Nichtigkeit der auf Bestellung der Rentenschuld abzielenden Einigung zur Folge, wenn nicht anzunehmen ist, daß diese auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde (§ 139).

2. Durch die absolute Unkündbarkeit der Rente seitens des Gläubigers wird diesem indessen der **Anspruch auf Zahlung der Ablösungssumme** aus dem Grundstücke nicht völlig entzogen. Er kann nur nicht deren Fälligkeit durch Kündigung herbeiführen. Ist sie aber fällig geworden, so kann er ihre Zahlung fordern. Dies gilt insbesondere für den Eintritt der Fälligkeit auf Grund einer Kündigung durch den Eigentümer (§ 1202 Abs. 3). Auch in der Zwangsversteigerung und in der Zwangsverwaltung hat er, wenn die Rentenschuld nicht in das geringste Gebot fällt, ein Recht auf Zahlung der Ablösungssumme aus dem Erlöse, nicht wie der Reallastgläubiger ein Recht auf Zahlung einer Rente (ZVG. §§ 92, 158; vgl. Fischer u. Schaefer S. 361 f. Erl. 2, 4 zu § 92). Das gleiche ist auch in Ermangelung entgegenstehender landesgesetzlicher Vorschriften (EG. Art. 109) anzunehmen, wenn die Rentenschuld durch die Enteignung des belasteten Grundstücks erlischt. Schließlich hat der Gläubiger auf Grund der ausdrücklichen Vorschrift des § 1201 Abs. 2 Satz 2 das Recht auf Zahlung der Ablösungssumme auch dann, wenn infolge einer Verschlechterung des Grundstücks oder der Zubehörstücke oder infolge einer unwirtschaftlichen Entfernung der letzteren die Sicherheit der Rentenschuld gefährdet und die zur Beseitigung der Gefährdung bestimmte angemessene Frist fruchtlos verstrichen ist (§§ 1133, 1135). Der Gläubiger kann also in diesem Falle zwar nicht durch Kündigung, aber durch Bestimmung der Frist die sofortige Fälligkeit der Ablösungssumme herbeiführen. Eine die Fristbestimmung rechtfertigende Gefährdung der Sicherheit ist aber nur dann vorhanden, wenn durch die Verschlechterung das Recht auf die künftigen einzelnen Leistungen gefährdet wird; eine Gefährdung der Ablösungssumme kommt nicht in Betracht, weil dem Gläubiger hierauf kein Recht zusteht.

3. **Das Ablösungsrecht des Eigentümers** ist durch § 1202 näher geregelt.

§. 1202. Der Eigenthümer kann das Ablösungsrecht erst nach vorgängiger Kündigung ausüben. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist.

Eine Beschränkung des Kündigungsrechts ist nur soweit zulässig, daß der Eigenthümer nach dreißig Jahren unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist kündigen kann.

Hat der Eigenthümer gekündigt, so kann der Gläubiger nach dem Ablaufe der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke verlangen.

§. 1203. Eine Rentenschuld kann in eine gewöhnliche Grundschuld, eine gewöhnliche Grundschuld kann in eine Rentenschuld umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich.

---

§ 1202.

E. II § 1111 rev. § 1187; III § 1185. P. II Bd. 3 S. 776, 781. D. S. 674 f.

1. Die Vorschriften des § 1202 Abs. 1, welche das **Kündigungsrecht des Eigentümers** näher regeln, können nur zum Teil durch **Parteivereinbarung** geändert werden. Unabänderlich ist die Vorschrift, daß das Ablösungsrecht des Eigentümers nur nach vorgängiger Kündigung ausgeübt werden kann. Dagegen gilt die Bestimmung des Abs. 1 Satz 2 über die Dauer der Kündigungsfrist nur in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung. In letzterer Hinsicht stimmt der § 1202 mit § 1193 überein, während er in ersterer Beziehung von diesem abweicht. Im übrigen gilt das in den Erl. 1, 2 zu § 1193 Gesagte auch hier.

2. **Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers.** Während das Reichsrecht bei Hypotheken und gewöhnlichen Grundschulden, von den Hypothekenforderungen und den Grundschulden der Hypothekenbanken abgesehen (Hypothekenbankges. v. 13. Juli 1899 §§ 18, 40), die Ausschließung oder die Beschränkung des Kündigungsrechts des Eigentümers durch Parteibestimmungen unbeschränkt zuläßt und nur im EG. Art. 117 die hierauf bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht erhält, ist bei der Rentenschuld die Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers auf mehr als dreißig Jahre von der Begründung der Rentenschuld ab reichsrechtlich verboten. Landesgesetzlich kann diese Frist noch verkürzt werden (vgl. Bd. VI S. 238 Erl. 2b zu Art. 117). Ist eine nach dem vorbehaltenen Landesrecht oder nach § 1202 Abs. 2 unzulässige Vereinbarung getroffen, so tritt mit dem Ablaufe der Zeit, für welche der Ausschluß gesetzlich zulässig ist, die Kündbarkeit ein (Bd. VI a. a. O. Erl. 3).

Durch den Wortlaut des § 1202 Abs. 2 ist deutlich zum Ausdrucke gebracht, daß mit dem Ablaufe der Zeit, für welche die Kündigungsfrist ausgeschlossen ist, die Ablösungssumme nicht sofort fällig wird und daß der Eigentümer auch nicht durch eine vorher erfolgte Kündigung die Fälligkeit zu diesem Zeitpunkte herbeiführen kann, sondern daß er nach dem Ablaufe dieser Zeit noch die Kündigungsfrist einzuhalten hat (P. II Bd. 3 S. 781).

3. Über die Bestimmung des Abs. 3 vgl. S. 743 Erl. 2 zu § 1201.

§ 1203.

E. II § 1112 rev. § 1188; III § 1186. P. II Bd. 3 S. 775 f., 782 f.; Bd. 4 S. 587. D. S. 675.

1. **Umwandelung der Grundschulden in Rentenschulden und umgekehrt.** Die Vorschrift des § 1203 ist von der zweiten Kommission aufgenommen, weil das Bedürfnis des Verkehrs und insbesondere das Interesse des Eigentümers die Zulässigkeit der Umwandelung der Grundschulden in Rentenschulden und umgekehrt erheische (P. II Bd. 3 S. 783). Sie steht mit den Bestimmungen der §§ 1186, 1198 im Zusammenhange. Aus allen diesen Vorschriften ist zu folgern, daß eine Rentenschuld auch unmittelbar in eine Verkehrs- oder in eine Sicherungshypothek und umgekehrt eine Hypothek in eine Rentenschuld umgewandelt werden darf.

2. Hinsichtlich der **Voraussetzungen** der Umwandelung gilt hier dasselbe wie für § 1198. Demnach ist auf die Erl. 2 zu diesem Paragraphen zu verweisen. Aus dem dort und in Erl. 2 zu § 1197 Gesagten ergibt sich, daß der Eigentümer, weil er durch eine einseitige Erklärung

und Eintragung eine Grundschuld oder eine Rentenschuld für sich selbst bestellen kann, eine auf ihn übergegangene Rentenschuld einseitig in eine Grundschuld und umgekehrt eine Eigentümergrundschuld in eine Rentenschuld umwandeln kann, daß dagegen für die Umwandelung der Eigentümerrentenschuld in eine Hypothek von dem Erfordernisse der Einigung keine Ausnahme gilt.

Durch die Umwandelung darf die Belastung des Grundstücks keine Erweiterung erfahren (s. S. 683f. Erl. 3c, 5 zu § 1180). Wird eine Grundschuld oder eine Hypothek in eine Rentenschuld umgewandelt, so kann der Betrag der Rente nicht auf mehr als fünf vom Hundert des Kapitalbetrags der Grundschuld oder Hypothek (vgl. § 1119) oder, wenn diese zu einem höheren Zinssatz als 5% verzinslich ist, nicht auf einen höheren Betrag als den der Zinsen und die Ablösungssumme nicht auf einen höheren Betrag als den Kapitalbetrag der Grundschuld oder Hypothek bestimmt werden. Bei der Umwandelung einer Rentenschuld in eine Grundschuld oder Hypothek darf der Kapitalbetrag der letzteren nicht die Ablösungssumme und der Zinssatz, wenn die Rente den Satz von 5% des Kapitalbetrags übersteigt, nicht das Verhältnis zwischen dem Betrage der Rente und der Ablösungssumme übersteigen. In der zweiten Kommission war beantragt, dies im Gesetze durch eine besondere Vorschrift zum Ausdrucke zu bringen. Der Antrag wurde abgelehnt, weil die vorgeschlagenen Bestimmungen, deren sachliche Richtigkeit nicht zu beanstanden sei, so sehr der Natur der Sache entsprächen, daß man darauf vertrauen dürfe, die Praxis werde auch ohne besondere Vorschriften zu demselben Ergebnisse gelangen (P. II Bd. 3 S. 775, 783; a. M. Biermann S. 430, welcher meint, daß bei der Umwandelung der Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld das Kapital der letzteren unter Umständen auch höher sein könne als die Ablösungssumme).

3. **Die Wirkungen der Umwandelung** ergeben sich von selbst (vgl. S. 739 Erl. 3 zu § 1198).

Neunter Abschnitt.

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel.

Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Neunter Abschnitt.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB. 1901 S. 105ff.; Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht unter Berücksichtigung des deutschen BGB., erste Abteilung 1897; v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts 1899.

1. **Terminologie. Stellung im Systeme.** Das BGB. kennt ein Pfandrecht nur an beweglichen Sachen und an Rechten. Nach der Terminologie des Gesetzes hätte es daher der Bezeichnung der Gegenstände des Rechtes in der Überschrift des vorliegenden Abschnitts ebensowenig bedurft wie bei den vorhergehenden Abschnitten; sie ist nur zur Verdeutlichung beigefügt.

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen bildet den Hauptanwendungsfall des Pfandrechtsbegriffs und ist daher im ersten Titel geregelt. Nach ihm ist auch die allgemeine Stellung der Vorschriften über das Pfandrecht im Systeme des Gesetzbuchs bestimmt. Letzteres folgt dabei der herrschenden Auffassung des Sachenpfandrechts als eines dinglichen Rechtes (vgl. über die verschiedenen Pfandrechtstheorien namentlich Demelius S. 8ff., 55ff.) und behandelt es daher im Sachenrechte. Die Natur eines Rechtes an einer Sache kommt freilich nur dem Sachenpfandrechte zu. Das Pfandrecht an Rechten hat jedoch mit diesem sowohl den Zweck, der in der Sicherung einer Forderung besteht, als auch den Inhalt insoweit gemeinsam, als es dem Gläubiger das Recht gibt, aus dem Pfandgegenstande seine Befriedigung wegen der Forderung zu suchen. Diese Gemeinsamkeit des Begriffs rechtfertigt es, wenn das Gesetz das Pfandrecht an Rechten im Anschluß an das Pfandrecht an beweglichen Sachen (vgl. § 1273 Abs. 2) im zweiten Titel dieses Abschnitts regelt.

2. **Entstehung des Pfandrechts.** Das Pfandrecht entsteht durch Rechtsgeschäft, durch Gesetz oder durch Pfändung. Nur das rechtsgeschäftlich begründete Pfandrecht wird in diesem Abschnitte vollständig geordnet. Dagegen finden dessen Vorschriften auf gesetzliche Pfandrechte nur beschränkte Anwendung (vgl. § 1257 und Erl. dazu), und für das Pfändungspfandrecht gelten sie nur nach Maßgabe der Vorschriften der CPO. (insbes. §§ 804, 930; s. bezüglich der Anwendung des § 1255 Rspr. 6 S. 275; ferner Gaupp-Stein, CPO. Bd. 2 S. 523 Erl. zu § 804).

3. **Wirkung im Konkurse.** Infolge der reichsgesetzlichen Regelung des Pfandrechts sind die besonderen Vorschriften des EG. z. KO. §§ 14ff. über die Voraussetzungen der Wirksamkeit von Pfandrechten im Konkurs in Wegfall gekommen (EG. z. Ges. betr. Änderungen der KO. Art. II Nr. 4). Jedes durch Rechtsgeschäft, Gesetz oder Pfändung begründete Pfandrecht gewährt nach § 48, § 49 Nr. 2 der KO. ein Absonderungsrecht.

4. **Kaufmännisches Pfandrecht.** Auch für dieses haben sich die Sonderbestimmungen des alten HGB. (Art. 309—311) erledigt. Jetzt gelten die Vorschriften des BGB. mit geringen Abweichungen (HGB. §§ 366—368). Wegen der gesetzlichen Pfandrechte s. Erl. zu § 1257.

Erster Titel.

1. **Inhaltsübersicht.** Der § 1204 bestimmt den wesentlichen Inhalt und den gesetzlichen Begriff des Pfandrechts. Dieses ist danach, im Gegensatze zur Hypothek, streng akzessorischer Natur (Erl. 2b zu § 1204).

Die §§ 1205—1256 regeln das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht. Zur Bestellung erfordert das BGB. außer der Einigung der Beteiligten, dem dinglichen Vertrage,

die Übergabe oder eine für die Erkennbarkeit des Pfandrechts sie ersetzende Gestaltung des Besitzverhältnisses (§§ 1205, 1206). Es folgt also im Anschluß an das frühere Recht, wie es sich zuletzt unter dem Einflusse der Vorschriften der KO. über die Wirksamkeit der Pfandrechte im Konkurse herausgebildet hatte, dem Faustpfandprinzipe, paßt dessen Durchführung aber dem Verkehrsbedürfnis an (vgl. gegen die ausschließliche Geltung jenes Prinzips im älteren deutschen Rechte Herbert Meyer, Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen 1903, dazu Gierke Sachenrecht S. 961). Die §§ 1207, 1208 schützen den gutgläubigen Erwerber eines Pfandrechts. Der § 1209 betrifft den Rang des Pfandrechts. Sodann wird der Inhalt des Pfandrechts näher bestimmt, und zwar bezüglich des Umfanges der Haftung des Pfandes (§ 1210), der Einreden des Verpfänders (§ 1211) sowie der Erstreckung des Rechtes auf Erzeugnisse der Sache (§ 1212) und auf die Ziehung der Nutzungen (§§ 1213, 1214).

Es folgen Bestimmungen über das durch die Bestellung des Pfandrechts zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger entstehende Rechtsverhältnis, insbesondere über die Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers (§ 1215) und seine Ansprüche wegen Verwendungen (§ 1216), die Rechte des Verpfänders gegenüber einem ihn gefährdenden Verhalten des Pfandgläubigers (§ 1217), die beiderseitigen Rechte bei Gefahr des Verderbes oder einer wesentlichen Wertminderung (§§ 1218—1221), die Rückgabepflicht des Pfandgläubigers (§§ 1223—1225) und die Verjährung von Ersatzansprüchen (§ 1226). Im § 1222 ist eine Vorschrift über die ungeteilte Haftung mehrerer Pfänder eingeschaltet. Weiter werden die dinglichen Ansprüche des Pfandgläubigers bestimmt (§ 1227).

Der § 1228 eröffnet die Vorschriften über die Befriedigung aus dem Pfande, indem er als Mittel der Befriedigung den Verkauf und die Voraussetzungen seiner Zulässigkeit bestimmt. Der § 1229 verbietet den Verfallvertrag. Der § 1230 betrifft die Verkaufsberechtigung bei einer Mehrheit von Pfändern. Der § 1231 ermöglicht dem nicht im Alleinbesitze befindlichen Gläubiger den Verkauf durch Gewährung eines entsprechenden Anspruchs. Der § 1232 endlich bestimmt das Verhältnis unter mehreren Pfandgläubigern in betreff des Verkaufsrechts.

Hieran schließen sich die Vorschriften über die Art des Pfandverkaufs. Dieser kann auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgen (§ 1233 Abs. 2), vollzieht sich aber regelmäßig ohne solchen nach den §§ 1234—1240. Danach hat dem Verkauf eine Androhung sowie eine Wartefrist vorherzugehen (§ 1234). Er geschieht im Wege öffentlicher Versteigerung, bei gewissen Sachen aber auch freihändig (§ 1235), am vorgeschriebenen Orte (§ 1236), nach Bekanntmachung von Zeit und Ort (§ 1237) unter bestimmten Bedingungen (§ 1238). Pfandgläubiger, Eigentümer und Schuldner können mitbieten (§ 1239). Besonders gilt für den Verkauf von Gold- und Silbersachen (§ 1240). Von dem Verkauf ist der Eigentümer zu benachrichtigen (§ 1241). Die Wirkungen der rechtmäßigen Veräußerung bestimmt der § 1242, die Folgen der Verletzung der für den Verkauf geltenden Vorschriften der § 1243, während der § 1244 den gutgläubigen Erwerber schützt. Abweichungen bezüglich der Verkaufsart können durch Vereinbarung der Beteiligten (§ 1245) oder gerichtliche Anordnung bestimmt werden (§ 1246). Den Schluß dieses Unterabschnitts bilden Vorschriften über die Rechte am Erlös (§ 1247), über den Schutz des Pfandgläubigers bei Irrtum bezüglich des Eigentums des Verpfänders (§ 1248) und über das Ablösungsrecht der dinglich Berechtigten (§ 1249).

Die weiteren Vorschriften betreffen die Übertragung (§§ 1251, 1252) und das Erlöschen des Pfandrechts (§§ 1252—1256; s. Vorbm. dazu).

Der § 1257 regelt sodann die Anwendung der vorhergehenden Vorschriften auf gesetzliche Pfandrechte.

Der § 1258 enthält besondere Vorschriften über das Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers.

Die §§ 1259—1272 endlich treffen Sonderbestimmungen über das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen (s. die Vorbm. dazu).

2. Die Vorschriften über den Pfandverkauf sind auch maßgebend für den Verkauf zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (§ 753), zum Zwecke der Befriedigung des Besitzers wegen Verwendungen (§ 1003) und zum Zwecke der Befriedigung im Falle eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (HGB. § 371).

3. Über die Sicherheitsleistung durch Verpfändung beweglicher Sachen vgl. §§ 232, 237. Über **Barkautionen** s. Haas, Die Sicherstellung durch Übereignung einer Geldsumme nach deutschem bürgerl. R. 1899; Gierke, Sachenrecht S. 970 § 170 Anm. 3.

§. 1204. Eine bewegliche Sache kann zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen (Pfandrecht).

Das Pfandrecht kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden.

---

4. **Landesgesetzlicher Regelung sind vorbehalten** das Recht der Privatpfändung (EG. Art. 89), die Rechtsverhältnisse, die sich ans einer auf Grund des öffentlichen Rechtes wegen der Führung eines Amtes oder wegen eines Gewerbebetriebs erfolgten Sicherheitsleistung ergeben (Art. 90), der Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten (Art. 94) und die Verpfändung von Buchforderungen (Art. 97).

5. **Eine Übergangsvorschrift** enthält das EG. Art. 184.

§ 1204.

E. I § 1145; II § 1113 rev. § 1189; III § 1187. P. I S. 5460 ff.; M. III S. 797 ff. P. II Bd. 3 S. 440.

1. Der § 1204 **enthält zunächst** die bei der grundsätzlichen Begrenztheit der Zahl der dinglichen Rechte notwendige **Anerkennung des Pfandrechts als eines der Rechte, mit denen eine bewegliche Sache belastet werden kann** (oben S. 6). Von den entsprechenden Vorschriften des vierten bis achten Abschnitts weicht der § 1204 insofern ab, als er in dem die Zulässigkeit der Belastung aussprechenden Hauptsatze den Zweck der Belastung (Sicherung einer Forderung) hervorhebt. Diese Abweichung, die sich im E. I § 1145 noch nicht fand, betrifft jedoch nur die Fassung, nicht das Wesen des Rechtes. Das Pfandrecht an einer beweglichen Sache ist, wie die anderen Rechte, mit denen eine Sache belastet werden kann, ein Recht an der Sache, ein dingliches Recht. Nur für seinen Inhalt ist der Zweck, daß es zur Sicherung einer Forderung dient, von maßgebender Bedeutung.

2. **Der § 1204 bestimmt weiter den wesentlichen Inhalt und damit den gesetzlichen Begriff des Pfandrechts,** und zwar zunächst des Pfandrechts **an beweglichen Sachen.** (Wegen der Anwendung der Begriffsbestimmung auf das Pfandrecht an Rechten vgl. Erl. zu § 1273.)

a) Gegenstand des Pfandrechts sind nach § 1204 bewegliche Sachen. Nur Sachen, die einen Verkaufswert haben, sind zur Verpfändung geeignet (über Geld als Gegenstand des Pfandrechts s. Erl. 1 zu § 1228); bei anderen Sachen, z. B. Beweis- und Legitimationspapieren, wie Quittungen, Versicherungspolicen, Hypothekenbriefen, kann die „Verpfändung" nur unter Umständen die Bedeutung haben, daß ein Zurückbehaltungsrecht begründet werden soll, und zwar nur ein obligatorisches (RG. 16 S. 169, 51 S. 83, JW. 1904 S. 555, Rspr. 4 S. 334, 6 S. 268, 7 S. 42, 8 S. 86; unrichtig bezüglich eines Sparkassenbuchs Rspr. 4 S. 335). Zu den beweglichen Sachen sind auch hier die im § 95 bezeichneten Sachen zu rechnen (oben S. 220 Vorbm. 3). Wesentliche Bestandteile einer Sache können nicht für sich allein Gegenstand des Pfandrechts sein (§ 93). Dies gilt namentlich von ungetrennten Erzeugnissen eines Grundstücks. Doch ist es rechtlich möglich, die Erzeugnisse für die Zeit nach der Trennung im voraus wirksam zu verpfänden (vgl. Erl. 1 a. E. zu § 1205).

Ein Warenlager kann unter der zusammenfassenden Benennung als solches in dem Sinne verpfändet werden, daß die bestimmungsgemäß veräußerten Sachen aus der Pfandhaftung ausscheiden und die neu angeschafften Stücke in die Haftung eintreten; die Verpfändung wirkt aber nur, soweit den Erfordernissen der §§ 1205, 1206 genügt ist (RG. 53 S. 218; Rspr. 2 S. 334). Entsprechendes gilt für andere Sachinbegriffe, z. B. eine Herde.

Auch an dem Bruchteil einer beweglichen Sache kann ein Pfandrecht begründet werden, und zwar nicht nur an dem Anteil eines Miteigentümers (§ 1258), sondern auch an dem Bruchteil einer im Alleineigentume stehenden Sache. Der § 1146 des E. I, welcher die Zulässigkeit des Pfandrechts an einen Bruchteil ausdrücklich anerkannte (P. I S. 5471 ff.; M. III S. 800), ist von der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen (P. II Bd. 3 S. 441, vgl. Erl. 1b und 6 zu § 1258).

Auf das Zubehör der verpfändeten Sache (§ 97) erstreckt sich die Verpfändung der Sache nicht ohne weiteres; vielmehr müssen auch bezüglich des Zubehörs die Erfordernisse der Verpfändung erfüllt sein. Dagegen erstreckt sich eine Verpflichtung zur Verpfändung einer Sache im Zweifel auch auf das Zubehör (§ 314).

Unpfändbare Sachen (CPO. § 811) können verpfändet werden (Rspr. 1 S. 432).

b) **Der wesentliche Inhalt des Pfandrechts** besteht in der Befugnis des Berechtigten, wegen einer ihm zustehenden Forderung Befriedigung aus der Sache im Wege des Verkaufs nach Maßgabe der §§ 1228 ff. zu suchen.

α) Das Pfandrecht ist zur Sicherung einer Forderung bestimmt und daher von dieser seinem Bestande nach abhängig, also ein rein akzessorisches Recht. Die akzessorische Natur des Pfandrechts tritt namentlich darin hervor, daß es mit der Übertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger übergeht und nicht selbständig übertragen werden kann (§ 1250, § 401 Abs. 1) sowie darin, daß es mit der Forderung erlischt (§ 1252). Ist die Forderung nicht rechtsbeständig, so besteht auch das Pfandrecht nicht.

Die Forderung braucht nicht, wie bei der Hypothek (§ 1115), eine Geldforderung zu sein, muß aber in eine solche übergehen können (§ 1228 Abs. 2). Es kann eine Forderung gegen den Verpfänder oder gegen einen Dritten sein.

Ob Forderungen, die nicht im Wege der Klage geltend gemacht werden können oder denen eine die Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegensteht, die aber trotzdem noch eine gewisse rechtliche Wirksamkeit haben, sog. natürliche Verbindlichkeiten (vgl. Bd. II S. 6 unter III), durch Pfandrecht gesichert werden können, läßt sich nicht allgemein, sondern nur nach den für die einzelnen Fälle maßgebenden Vorschriften entscheiden. Für verjährte Forderungen ist die Wirksamkeit einer Pfandbestellung ausdrücklich anerkannt (§ 222 Abs. 2 Satz 2), für unzulässige Börsentermingeschäfte ausdrücklich verneint (Börsenges. v. 22. Juni 1896 § 66 Abs. 3). Ebenso ergibt sich in den Fällen des § 656 (Ehemäklerlohn) und des § 762 (Spiel und Wette) die Unwirksamkeit einer Pfandbestellung aus der Vergleichung der Sondervorschriften des § 656 Abs. 1 Satz 2 und des § 762 Abs. 1 Satz 2 mit § 222 Abs. 2.

Die Forderung braucht nicht schon zur Zeit der Entstehung des Pfandrechts zu bestehen. Sie kann auch eine betagte sein, mag selbst die Entstehung durch den Anfangstermin hinausgeschoben werden (Bd. I S. 281 Erl. 1 zu § 163), oder eine aufschiebend bedingte oder, wie der § 1204 Abs. 2, entsprechend dem § 765 Abs. 2, dem § 883 Abs. 1 Satz 2 und dem § 1113 Abs. 2, zur Vermeidung von Zweifeln ausdrücklich anerkennt, sogar erst eine künftige, d. h. eine solche, deren Entstehung für die Zukunft in Aussicht genommen ist (vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1013; wegen des Ranges solcher Pfandrechte s. § 1209). Der fernere Ausspruch des E. I § 1145 Abs. 2, daß die Forderung eine unbestimmte sein könne, ist, ebenso wie die entsprechende Vorschrift für die Bürgschaft, als mißverständlich von der zweiten Kommission gestrichen worden. Gemeint war nach den M. III S. 798 nur eine Forderung, deren Gegenstand sich erst später bestimmt; dagegen wollte der E. I an dem Erfordernisse, daß die Forderung bei der Pfandbestellung in einer ihre Bestimmung ermöglichenden Weise bezeichnet werden muß, mit jenem Ausspruche nicht rütteln.

Der E. I § 1145 ließ die Bestellung eines Pfandrechts nur zugunsten einer bestimmten Person zu. Die zweite Kommission nahm an, daß hierdurch die Pfandbestellung durch Übergabe der Sache an einen Pfandhalter zugunsten des Forderungsberechtigten aus einem Wechsel oder einer Schuldverschreibung auf den Inhaber unmöglich werden würde, ohne daß ein Grund für die Ausschließung einer solchen Pfandbestellung ersichtlich sei. Der § 1204 spricht deshalb allgemein von dem „Gläubiger“. Über die Zulässigkeit einer Pfandbestellung der gedachten Art vgl. Erl. 2 zu § 1206.

Die Verjährung der Forderung wird durch die Pfandbestellung unterbrochen (§ 208).

β) Das Recht, wegen der Forderung Befriedigung aus der Sache zu suchen, macht den für den Begriff wesentlichen Inhalt des Pfandrechts aus. Vermöge des Pfandrechts kann der Gläubiger nicht nur, wie auch ohne ein solches, auf Grund eines vollstreckbaren Titels im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus der Sache suchen, falls sie zur Zeit der Vollstreckung dem Schuldner gehört, sondern unabhängig von diesen Voraussetzungen.

Das Befriedigungsrecht ist aber nicht der einzige Inhalt des Pfandrechts. Es kann erst nach dem Eintritte der im § 1228 Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen ausgeübt werden. Bis dahin gewährt das Pfandrecht ein Recht zum Besitze der Sache. Dieses Recht war im E. I § 1153 ausdrücklich anerkannt (P. I S. 5523 ff.; M. III S. 806 f.). Die zweite Kommission hielt eine solche Anerkennung für entbehrlich, weil sich die Berechtigung des Pfandgläubigers dem Verpfänder gegenüber „aus der rechtlichen Natur des Faustpfandrechts (§ 1145)“, Dritten gegenüber aus den Vorschriften über die dinglichen Ansprüche des Gläubigers (vgl. jetzt § 1227) ergebe (P. II Bd. 3 S. 452). Letzteres ist richtig. Daß der Gläubiger dem Verpfänder

§. 1205. Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Gläubiger übergiebt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Ist der Gläubiger im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts.

Die Uebergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigenthümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt.

---

gegenüber zum Besitze berechtigt ist, folgt zwar nicht aus § 1204, der dem § 1145 des E. I entspricht, wohl aber aus den Vorschriften über die Verpflichtungen des Gläubigers zur Verwahrung, Hinterlegung und Rückgabe des Pfandes (§§ 1215, 1217, 1223) und aus § 868. Die Art des dem Pfandgläubiger zustehenden Besitzes bestimmt sich zunächst nach der Art des ihm zum Zwecke der Pfandbestellung eingeräumten Besitzes, der unmittelbarer oder mittelbarer Alleinbesitz (§ 1205) oder unmittelbarer oder mittelbarer Mitbesitz (§ 1206) sein kann. Durch spätere Vereinbarung und entsprechende Umgestaltung des Besitzverhältnisses kann sodann an die Stelle des Alleinbesitzes Mitbesitz gesetzt werden und umgekehrt.

Der Inhalt des Pfandrechts kann ferner vertragsmäßig dahin erweitert werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen (§ 1213).

§ 1205.

E. I § 1147 Abs. 1, 2; II § 1114 rev. § 1190; III § 1188. P. I S. 5480 ff., 6244, 6249; M. III S. 800 ff. P. II Bd. 3 S. 441 ff.

1. Der Abs. 1 bestimmt die Erfordernisse der rechtsgeschäftlichen Begründung (Bestellung) des Pfandrechts an einer Sache bis auf den Inhalt der vorausgesetzten Einigung im Einklange mit den im § 929 geregelten Erfordernissen der Eigentumsübertragung. Es sind folgende:

a) Eigentum des Verpfänders. Hierfür gilt das in der Erl. 1 zu § 929 (oben S. 221) Bemerkte, namentlich auch in betreff des Eingreifens der Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben (§ 1207). Hat ein Nichteigentümer nacheinander an einer Sache mehrere Pfandrechte bestellt, so steht die spätere Verpfändung mit der früheren insoweit nicht im Einklang, als sie dem Erwerber für sein Pfandrecht gleichen Rang mit dem früher bestellten Pfandrechte gewähren soll, und ist also in den Fällen des § 185 Abs. 2 Satz 2 insoweit unwirksam, so daß sich der Rang der Pfandrechte nach der Zeitfolge ihrer Bestellung bestimmt (ebenso Biermann Erl. zu § 1207).

b) Übergabe der Sache durch den Eigentümer an den Erwerber des Pfandrechts. Für diese Übergabe trifft das oben S. 221 f. in der Erl. 2 zu § 929 Gesagte zu. Zur Verpfändung von eingebrachten Sachen des Mieters an den Vermieter genügt neben der Einigung Besitzergreifung des Vermieters mit Ermächtigung des Mieters (Gruch. 49 S. 840). In einem verschlossenen Raume lagernde Pfänder werden durch Überlassung des einzigen zum Öffnen des Raumes bestimmten Schlüssels auch dann wirksam übergeben, wenn der Verpfänder ohne Wissen des Pfandgläubigers noch einen anderen zum Öffnen des Raumes geeigneten Schlüssel besitzt (RG. in Gruch. 48 S. 955; vgl. Rspr. 8 S. 195; a. A. M. Wolff in Iherings Jahrb. 44 S. 200 Anm. 146; Biermann Erl. 1a zu § 1206). Zur Übergabe genügt auch hier (vgl. oben S. 225) Aufgeben des eigenen unmittelbaren Besitzes und Erlangung mittelbaren Besitzes durch den Erwerber, z. B. Übergabe der Sache an einen Dritten mit der Verpflichtung, sie nach Eintritt der Verkaufsberechtigung dem Pfandgläubiger zum Zwecke des Verkaufs bereitzustellen (vgl. Endemann Bd. 2 S. 909 Anm. 15).

Die Übergabe ist auch hier bei schon vorhandenem unmittelbaren oder mittelbaren Besitze des Erwerbers entbehrlich (Abs. 1 Satz 2; Erl. a zu § 929).

Die Übergabe kann ersetzt werden (vgl. auch Erl. 3):

α) bei mittelbarem Besitze des Verpfänders nach Abs. 2 (unten Erl. 2), nicht dagegen, wenn sich die Sache im Besitz eines Dritten befindet, der dem Verpfänder nicht mittelbaren Besitz vermittelt;

β) durch Einräumung des Mitbesitzes nach § 1206.

γ) Ausgeschlossen ist hier der Ersatz der Übergabe durch constitutum possessorium (§ 930). Dies entspricht dem früheren Rechte (M. III S. 801 Anm. 1), insbesondere dem § 14 Abs. 1 des EG. z. KO. (RG. 19 S. 28; 37 S. 34). Der Ausschluß der Pfandbestellung durch Konstitut dient zum Schutze des Verkehrs gegen die Gefahren, die unerkennbare Pfandrechte für seine Sicherheit mit sich bringen. Einer Umgehung des Verbots solcher Pfandbestellung durch Übergabe und alsbaldige Rückgabe ist durch den § 1253 vorgebeugt. Vgl. dagegen über die Zulässigkeit der Sicherung einer Forderung durch Eigentumsübertragung mittels Konstituts oben S. 227 Erl. 4 zu § 930.

c) Einigung des Eigentümers und des Erwerbers darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Die Einigung muß sich einerseits auf die zu sichernde Forderung, anderseits darauf erstrecken, daß der Gläubiger unmittelbar das dingliche Recht erlangen soll, wegen der Forderung Befriedigung aus einer bestimmten Sache zu suchen. Des Gebrauchs bestimmter Ausdrücke bedarf es hier so wenig wie zur Eigentumsübertagung. Überhaupt ist bezüglich der Einigung auf die Erl. 3 zu § 929 (oben S. 222) zu verweisen. Die Einigung begründet keine Verpflichtung zur Übergabe (Rspr. 5 S. 157). Sie bedarf im Falle der Verpfändung für fremde Schuld nicht der Form des § 766 (Rspr. 5 S. 323).

Ebenso trifft, was oben S. 223ff. in den Erl. 4—7 über das Verhältnis der Übergabe zur Einigung, die Zulässigkeit von Bedingungen und Zeitbestimmungen, die Möglichkeit einer Vertretung der Beteiligten und die Eigentumsübertragung im Wege der Zwangsvollstreckung gesagt ist, hier entsprechend zu.

Nach § 1205 Abs. 1 können auch ungetrennte Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile eines Grundstücks dadurch für die Zeit nach der Trennung im voraus wirksam verpfändet werden, daß dem Gläubiger von demjenigen, welchem die Bestandteile nach der Trennung gehören, gestattet wird, die Bestandteile nach der Trennung in Pfandbesitz zu nehmen, sei es, daß dem Gläubiger zugleich der Besitz des Grundstücks überlassen wird oder nicht. Auf das hierdurch entstehende Rechtsverhältnis finden die Vorschriften des § 956 entsprechende Anwendung (M. III S. 799; oben S. 266 Erl. 5 zu § 956). Ist der Verpfänder zur Gestattung nicht berechtigt, so wird der gutgläubige Pfandnehmer einen dem § 957 entsprechenden Schutz genießen.

Eine andere Art der Verpfändung ungetrennter Bodenerzeugnisse ist im BGB. nicht zugelassen (vgl. P. II Bd. 3 S. 440).

2. Der Abs. 2 läßt bei Sachen, die sich im mittelbaren Besitze des Eigentümers befinden, die Übertragung des mittelbaren Besitzes, d. h. die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe (§ 870), in Verbindung mit der vom Eigentümer ausgehenden Anzeige der Verpfändung an den den mittelbaren Besitz vermittelnden Besitzer als Ersatz der Übergabe zu. Zur Übertragung des mittelbaren Besitzes von Sachen, die Teile eines Sachinbegriffs, z. B. eines Warenlagers bilden, ist individuelle Bestimmung der Sachen erforderlich, bloße Bezeichnung nach Zahl oder Menge dagegen nicht genügend (RG. 52 S. 385). Die Anzeige ist an den Besitzer zu richten, d. h. an den unmittelbaren Besitzer und, wenn zwischen diesem und dem Verpfänder noch ein näherer mittelbarer Besitzer steht, an letzteren oder an den unmittelbaren Besitzer (ebenso Gierke, Sachenrecht S. 974 Anm. 21). Sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (über Anzeige durch Vorlegung eines schriftlichen Bekenntnisses der erfolgten Kenntnisnahme und Unterschrift s. Rspr. 10 S. 64).

Die Anzeige dient dazu, die Verpfändung nach außen erkennbar zu machen, und entzieht dem Besitzer die Möglichkeit, sich durch Rückgabe der Sache an den Eigentümer dem Pfandgläubiger gegenüber zu befreien (§ 407). Der Gläubiger erwirbt auf diesem Wege ein Pfandrecht an der Sache und wird dadurch gegen spätere Pfändungen sowie für den Fall des Konkurses des Verpfänders gesichert. Die hier fragliche Art der Verpfändung unterscheidet sich demnach in ihren Wirkungen wesentlich von der Verpfändung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers, bei welcher der Gläubiger erst mit der Herausgabe der Sache seitens des Besitzers in Gemäßheit der §§ 1281, 1282 ein Pfandrecht an der Sache erwirbt (§ 1287). Eine Anzeige an den Besitzer ist auch zur Verpfändung des Herausgabeanspruchs erforderlich (§ 1280). Diese unterscheidet sich aber von dem Falle des § 1205 Abs. 2 durch den Inhalt der Einigung und der Anzeige.

Der den mittelbaren Besitz vermittelnde Besitzer ist gegen den dinglichen Anspruch aus dem Pfandrecht durch den entsprechend anwendbaren § 986 Abs. 2 geschützt (§ 1227). Trotz der Übertragung des ihm bisher zustehenden mittelbaren Besitzes behält der Verpfänder übrigens mittelbaren Besitz entfernteren Grades (§ 871; Wolff, Iherings Jahrb. 44 S. 148 Anm. 11).

§. 1206. An Stelle der Uebergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigenthümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann.

Hat der Eigentümer nicht den mittelbaren Besitz der Sache, sondern nur den Eigentumsanspruch gegen den Besitzer, so kann er ein Pfandrecht an ihr nicht bestellen, insbesondere, im Gegensatze zu den für die Eigentumsübertragung und die Nießbrauchbestellung geltenden Vorschriften des § 931 und des § 1033 Satz 2, auch nicht durch Abtretung des Eigentumsanspruchs. Nur diesen Anspruch kann er verpfänden.

3. **Die Verpfändung durch Übergabe eines an Order lautenden Lagerscheins, Ladescheins oder Konnossements** (s. HGB. §§ 424, 450, 647, EG. z. HGB. Art. 16) hat dieselbe Wirkung wie die Verpfändung durch Übergabe des Gutes. Über die Unwirksamkeit einer Verpfändung der in Zollniederlagen befindlichen Sachen durch Übergabe des Niederlagescheins vgl. Geißmar, Z. f. dtsch. bürg. R. u. franz. Zivilr. 36 S. 177 ff.

4. **Über den obligatorischen Verpfändungsvertrag** s. Bd. II S. 327 Vorbm. 2. Über die Frage, inwieweit in der Pfandbestellung **eine Schenkung** liegt, vgl. ebenda Erl. 2 zu § 517.

§ 1206.

E. I § 1147 Abs. 3; II § 1115 rev. § 1191; III § 1189. M. I S. 5480 ff., 5485 f.; M. III S. 802. P. II Bd. 3 S. 443 ff.; Bd. 6 S. 260 ff.

1. **Der § 1206 läßt** mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs **als Ersatz der Übergabe die Einräumung des Mitbesitzes** zu. Jedoch genügt nicht jede Gestaltung des Mitbesitzes, sondern nur eine solche, bei welcher der Eigentümer gehindert ist, ohne Zuziehung des Gläubigers zur Sache zu gelangen und über sie zu verfügen. Der Mitbesitz muß geeignet sein, das Pfandrecht Dritten erkennbar zu machen. Das Gesetz läßt deshalb nur genügen:

a) die Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes dadurch, daß die Sache unter den Mitverschluß des Gläubigers gebracht wird. Ein Mitverschluß besteht dann, wenn der Zugang zu den verpfändeten Sachen nur durch ein Zusammenwirken des Pfandgläubigers und des Eigentümers gewonnen werden kann (P. II Bd. 6 S. 261). Ein Weinlager ist somit nicht wirksam verpfändet, wenn der Eigentümer und der Gläubiger zu dem mit einem einfachen Schlosse versehenen Keller jeder einen für das Schloß bestimmten Schlüssel haben (RG. 37 S. 35, s. dagegen Erl. 1b zu § 1204). Vielmehr setzt der „Mitverschluß" einen doppelten Verschluß voraus, den nur die beiden Beteiligten zusammen zu öffnen imstande sind. Vermöge eines so gestalteten Mitbesitzes genießt der Gläubiger strafrechtlichen Schutz nach § 289 des StGB. Von praktischer Bedeutung ist diese Art der Verpfändung bei schwer zu transportierenden und unterzubringenden Sachen, z. B. Warenlagern. Nicht hierher gehört die im § 31 Abs. 1 Satz 1 des Hypothekenbankges. v. 13. Juli 1899 vorgeschriebene Verwahrung von Hypothekenurkunden ꝛc. durch den Treuhänder unter dem Mitverschlusse der Bank, da diese Verwahrung nicht zur Begründung eines Pfandrechts dient. Ebensowenig fällt unter § 1206 die Verpfändung einer unter dem Mitverschlusse des Verpfänders und eines Dritten und daher in deren gemeinschaftlichem unmittelbaren Besitze befindlichen Sache durch Einräumung des dem Verpfänder zustehenden Mitbesitzes an den Pfandgläubiger, wie insbesondere bei Sachen, die sich in einem gemieteten Stahlkammerfache befinden (s. oben S. 31 Erl. 2 zu § 854; Wolff, Iherings Jahrb. 44 S. 198 f.). In diesen Fällen liegt Verpfändung mittels Übergabe vor.

Außer dem Mitverschlusse muß immer auch Mitbesitz gegeben sein. Der von der zweiten Kommission angenommene Antrag, auf welchem der § 1206 beruht, ging zwar dahin, daß die Entstehung des Pfandrechts nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß die Sache im Besitze des Eigentümers verbleibe, sofern sie sich unter Mitverschluß des Pfandgläubigers befinde (P. II Bd. 6 S. 260). Hiermit war aber wohl nicht gemeint, daß das Pfandrecht auch dann entstehen könne, wenn der Verpfänder Alleinbesitzer bleibe. Jedenfalls ist in der Fassung, welche der § 1206 später erhalten hat, klar ausgesprochen, daß die Einräumung des Mitbesitzes an den Pfandgläubiger erforderlich ist. Diese wird regelmäßig vorliegen, wenn die Sache unter dem Mitverschlusse des Pfandgläubigers steht. Immer ist dies aber nicht der Fall. Werden z. B. Juwelen verpfändet, die sich in einem Kasten befinden, der unter dem Mitverschlusse des Pfand-

§. 1207. Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigenthums geltenden Vorschriften der §§. 932, 934, 935 entsprechende Anwendung.

---

gläubigers steht, bleibt dieser Kasten dann selbst aber in dem für den Pfandgläubiger unzugänglichen, ausschließlich im Besitze des Eigentümers befindlichen und von diesem verschlossenen Hause, so ist dem Pfandgläubiger nicht der Besitz der Juwelen eingeräumt (s. oben S. 55 Erl. 1 zu § 866). Es ist also erforderlich, daß das unter dem Mitverschlusse des Pfandgläubigers stehende Behältnis in einen Raum gebracht wird oder in einem Raume bleibt, zu welchem dem Pfandgläubiger der Zugang in solcher Art möglich ist, daß die Voraussetzungen des Mitbesitzes gegeben sind.

Befindet sich die Sache bereits unter dem Mitverschlusse des Gläubigers, so genügt entsprechend § 1205 Abs. 2 die Einigung über die Pfandbestellung (Wolff S. 200).

b) die Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes in der Weise, daß ein im Besitze der Sache befindlicher Dritter verpflichtet wird, die Sache nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich herauszugeben. Bei Sachen, die sich vor der Bestellung des Pfandrechts im mittelbaren Alleinbesitze des Eigentümers befinden, tritt die hier fragliche Art der Verpfändung zu der in § 1205 Abs. 2 zugelassenen als eine zweite mögliche Form hinzu. Häufiger wird der § 1206 in der Art zur Anwendung kommen, daß die Sache erst zum Zwecke der Pfandbestellung von dem Eigentümer einem Treuhänder mit der Verpflichtung in Verwahrung gegeben wird, sie nur dem Eigentümer und dem Gläubiger gemeinschaftlich herauszugeben. Die bloße Beauftragung eines Angestellten des Verpfänders mit Ausübung des Pfandbesitzes für den Pfandgläubiger ist, falls die verpfändete Sache im Besitze des Verpfänders bleibt, zur Pfandbestellung nicht ausreichend (vgl. v. Obstfelder, Z. f. HR. 56 S. 126ff., zur Besitzausübung durch Treuhänder beim Warenlombardverkehr). Ebensowenig genügt Einräumung bloßen unmittelbaren Mitbesitzes an einen Dritten neben dem Verpfänder (Rspr. 5 S. 323). Der Verwahrungsvertrag mit dem Dritten kann entweder von dem Eigentümer und dem Gläubiger zusammen oder auch nur von dem Eigentümer allein zugleich zugunsten des Gläubigers geschlossen werden.

Das letztere dürfte auch der Weg sein, auf welchem dem jeweiligen Gläubiger aus einem Wechsel, einem sonstigen indossabelen Papier oder einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ein Pfandrecht bestellt werden kann (vgl. Erl. 2b α a. E. zu § 1204; a. A. Cosack Bd. 2 S. 398 § 266 Nr. III). Durch einen Verwahrungsvertrag der gedachten Art erwirbt der jeweilige Gläubiger unmittelbar ein Recht gegen den Pfandhalter auf Verwahrung des Pfandes (§ 328) und daher den mittelbaren Mitbesitz. Der Pfandhalter kann zugleich den Gläubiger in betreff der zur Pfandbestellung erforderlichen Einigung als Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten. Die Wirksamkeit der Einigung hängt dann allerdings von der Genehmigung des Gläubigers ab (§ 177). Die Genehmigung wirkt aber auf die Zeit der Einigung zurück (§ 184 Abs. 1) und der Eigentümer kann in der Zwischenzeit das Pfandrecht nicht durch anderweitige Verfügungen über die Sache (§ 184 Abs. 2) vereiteln, weil er als bloßer mittelbarer Mitbesitzer der Sache rechtlich nicht in der Lage ist, solche Verfügungen zum Nachteile des Gläubigers vorzunehmen.

2. **Bezüglich der Wirkungen der Verpfändung nach § 1206** vgl. § 1213 Abs. 2, § 1231.

3. **Der Vorbehalt des § 17 Nr. 2 des EG. z. KO. v. 10. Februar 1877,** betr. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung eines Faustpfandrechts für die Inhaber der von Gemeinden ꝛc. ausgestellten Schuldverschreibungen durch Übertragung der Gewahrsam der Pfänder auf einen Vertreter sämtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller, ist durch § 43 des Hypothekenbankges. v. 13. Juli 1899 als neben den Vorschriften des BGB. entbehrlich beseitigt.

§ 1207.

E. I § 1147 Abs. 2; II § 1116 rev. § 1192; III § 1190. P. I S. 5480ff., 6268, 6273; M. III S. 802. P. II Bd. 3 S. 441; Bd. 6 S. 262.

1. **Der § 1207 gewährt** (zusammen mit § 1208) **im Falle der Verwendung einer beweglichen Sache durch einen Nichteigentümer dem gutgläubigen Erwerber einen entsprechenden Schutz wie §§ 932–936 im Falle der Veräußerung.** Nicht in bezug genommen sind im § 1207

§. 1208. Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht dem Rechte vor, es sei denn, daß der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist. Die Vorschriften des §. 932 Abs. 1 Satz 2, des §. 935 und des §. 936 Abs. 3 finden entsprechende Anwendung.

---

der § 933, weil er den hier ausscheidenden Fall der Veräußerung mittels constitutum possessorium betrifft, und der § 936, weil er durch den § 1208 ersetzt wird. Im allgemeinen gilt das oben S. 229f. in den Vorbm. zu §§ 932—935 Gesagte auch für den Schutz des guten Glaubens im Falle der Verpfändung (vgl. insbes. auch § 366 HGB. und dazu für Wertpapiere § 8 Abs. 2 des Reichsges. v. 5. Juli 1896 [Depotges.]). Im einzelnen gestaltet sich die hier bestimmte entsprechende Anwendung folgendermaßen:

a) Im Falle der Verpfändung nach § 1205 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 kommt der § 932 zur entsprechenden Anwendung, bezüglich deren auf die Erl. 1, 2 zu § 932 (oben S. 231) zu verweisen ist. Die Wirkung des guten Glaubens ist der Erwerb eines Pfandrechts.

b) Im Falle der Verpfändung nach § 1205 Abs. 2 erwirbt der gutgläubige Pfandnehmer das Pfandrecht, wenn außer dem Erfordernisse der Einigung auch die beiden dort vorgesehenen Erfordernisse der Verpfändung erfüllt sind, also auch die Anzeige erfolgt ist. Vgl. im übrigen oben S. 233 Erl. 1 zu § 934.

c) Im Falle der Verpfändung nach § 1206 fehlt es in den §§ 932ff. an einer unmittelbar hierher übertragbaren Vorschrift. Daraus folgt aber nicht etwa der Ausschluß eines Schutzes des gutgläubigen Pfandnehmers. Vielmehr wird diesem der Schutz zuteil, wenn er zu der Zeit, zu der er nach § 1206 das Pfandrecht erwerben würde, des guten Glaubens nicht ermangelt.

d) In allen drei Fällen wird der Erwerb des Pfandrechts nach Maßgabe des § 935 durch unfreiwilligen Besitzverlust des Eigentümers ausgeschlossen. Von den dort (S. 255 Erl. 3) gemachten Unterausnahmen kommt hier nur die auf Geld und Inhaberpapiere bezügliche, nicht dagegen die Ausnahme für Sachen, die im Wege der öffentlichen Versteigerung veräußert werden, in Betracht. Nach EG. Art. 94 Abs. 2 kann öffentlichen Pfandleihanstalten das Recht eingeräumt werden, die ihnen verpfändeten Sachen dem Berechtigten nur gegen Bezahlung des auf die Sache gewährten Darlehens herauszugeben.

2. **Auf das Pfändungspfandrecht** sind die Vorschriften des § 1207 nicht anwendbar (Rspr. 2 S. 219, 4 S. 329). Wegen der gesetzlichen Pfandrechte s. Erl. zu § 1257.

§ 1208.

E. I § 1152; II § 1117 rev. § 1193; III § 1191. P. I S. 5481, 5483f., 5520ff., 6244, 6249, 12004, 12021; M. III S. 806. P. II Bd. 3 S. 452.

Nach § 1208 genießt der Erwerber eines Pfandrechts, der sich in bezug auf ein älteres an der Sache begründetes Recht bei dem Erwerb in gutem Glauben befindet, Schutz dahin, daß dieses Recht hinter sein Pfandrecht im Range zurücktritt. Die Vorschrift, die dem § 936 entspricht, gilt sowohl für den Fall der Verpfändung durch den Eigentümer (§§ 1205, 1206) als auch für den Fall der Verpfändung durch den Nichteigentümer (§ 1207). Im einzelnen ergibt sich folgendes:

a) Erfolgt die Verpfändung nach § 1205 Abs. 1 Satz 1, so wird der gute Glaube des Erwerbers in bezug auf das Recht eines Dritten immer geschützt.

b) Erfolgt die Verpfändung nach § 1205 Abs. 1 Satz 2, so genießt der Erwerber nur dann den Schutz, wenn er den Besitz von dem Verpfänder erlangt hatte (Satz 2 verb. mit § 932 Abs. 1 Satz 2), und zwar nicht nur, wie sich schon aus § 1207 verb. mit § 932 Abs. 1 Satz 2 ergibt, dann, wenn der Verpfänder Nichteigentümer, sondern auch, wenn er Eigentümer ist (vgl. oben S. 236 Erl. 2 zu § 936).

c) Erfolgt die Verpfändung nach § 1205 Abs. 2, so erleidet der Schutz des guten Glaubens zugunsten des den mittelbaren Besitz vermittelnden Besitzers selbst eine Ausnahme dahin, daß ein diesem zustehendes Recht an der Sache seinen Vorrang vor dem Pfandrechte des gutgläubigen Pfandnehmers behält (Satz 2 verb. mit § 936 Abs. 3; oben S. 237 Erl. 5a daselbst).

§. 1209. Für den Rang des Pfandrechts ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist

---

d) Erfolgt die Verpfändung nach § 1206, so wird dem gutgläubigen Pfandnehmer unbeschränkt der Schutz des § 1208 zuteil.

e) In allen diesen Fällen tritt für den Ausschluß des Schutzes durch unfreiwilligen Besitzverlust des Eigentümers oder des dinglich berechtigten Dritten (Satz 2 verb. mit § 935) das in der Erl. 4 zu § 936 Bemerkte (oben S. 236) hier entsprechend zu.

§ 1209.

E. I § 1151; II § 1118 rev. § 1194; III § 1192. P. I S. 5520 ff.; M. III S. 805 f. P. II Bd. 3 S. 451 f., 452.

1. Rangordnung der Pfandrechte im allgemeinen. Der allgemeine Satz, daß für den Rang eines durch Rechtsgeschäft begründeten Pfandrechts die Zeit der Bestellung maßgebend ist (qui prior tempore potior jure), ist in § 1209 als selbstverständlich vorausgesetzt. Er folgt daraus, daß niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat. Der Vorzug des älteren vor dem jüngeren Rechte gilt aber nicht nur für das Verhältnis zwischen mehreren Pfandrechten. Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist deshalb der Satz 1 des E. I § 1151, welcher den Vorrang des älteren Pfandrechts ausdrücklich anerkannte, von der zweiten Kommission gestrichen.

Praktisch kommt übrigens unter mehreren durch Rechtsgeschäft begründeten Pfandrechten der Grundsatz des Altersvorzugs nur selten zur Anwendung, weil nur in Ausnahmefällen mehrere Pfandrechte der gedachten Art an einer Sache bestehen und in diesen Fällen der Altersvorzug nach § 1208 zum Teil zugunsten des gutgläubigen späteren Pfandnehmers zurücktritt.

An einer nach § 1205 Abs. 1 verpfändeten Sache kann, solange sich die Sache im Besitze des Pfandgläubigers befindet, ein ferneres Pfandrecht durch den Eigentümer nur nach § 1205 Abs. 2 oder § 1206 bestellt werden; eine weitere Verpfändung durch den Pfandgläubiger begründet nur bei gutem Glauben des Pfandnehmers ein Pfandrecht, welches dann aber nach § 1208 den Vorrang vor dem älteren Pfandrechte hat. Eine weitere Verpfändung der Sache seitens des Eigentümers durch Übergabe kann nur eintreten, wenn der Eigentümer den Besitz zurückerlangt hat, ohne daß dadurch das ältere Pfandrecht nach § 1253 erloschen ist. In diesem Falle wird, wenn der erste Pfandgläubiger den Besitz unfreiwillig verloren hat, der Vorrang seines Rechtes auch nicht durch guten Glauben des späteren Pfandnehmers ausgeschlossen. Nur wenn der erste Pfandgläubiger den Besitz freiwillig einem Dritten eingeräumt und der Eigentümer von diesem den Besitz wiedererlangt hat, geht der zweite Pfandgläubiger, wenn er in gutem Glauben war, nach Maßgabe des § 1208 dem ersten Pfandgläubiger vor. Erfolgt die zweite Verpfändung durch einen Dritten, in dessen Besitz die Sache aus dem Besitze des Pfandgläubigers gelangt ist, so entsteht ein Pfandrecht nur bei gutem Glauben des Pfandnehmers, und zwar, wenn der erste Pfandgläubiger den Besitz unfreiwillig verloren hat, mit dem Range nach dem ersten Pfandrecht, andernfalls mit dem Vorrange vor diesem.

An einer nach § 1205 Abs. 2 verpfändeten Sache kann ein ferneres Pfandrecht nur bestellt werden entweder von dem Besitzer zugunsten eines gutgläubigen Pfandnehmers oder von dem Eigentümer, falls er den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz zurückerlangt hat. In beiden Fällen wird der Grundsatz des Altersvorzugs durch den Schutz des guten Glaubens modifiziert. Ähnlich liegt es im Falle der Verpfändung durch Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes nach § 1206, während ein nach § 1206 unter Mitverschluß befindliches Pfand einer weiteren Verpfändung kaum jemals unterzogen werden wird.

Wegen des Ranges gesetzlicher Pfandrechte s. Erl. 3b zu § 1257, wegen des Ranges des durch Pfändung erlangten Pfandrechts s. § 804 CPO.

2. Eine nachträgliche rechtsgeschäftliche Änderung des Rangverhältnisses (vgl. § 880) ist bei Pfandrechten an beweglichen Sachen nicht zugelassen. Der Zweck einer solchen läßt sich nur durch rechtsgeschäftliche Aufhebung und Neubegründung des zurücktretenden Rechtes erreichen.

3. Zweck des § 1209. Der Satz, daß auch der Rang des Pfandrechts für eine künftige oder eine bedingte Forderung sich nach der Zeit der Bestellung bestimmt, ist ausgesprochen, um einen aus der akzessorischen Natur des Pfandrechts herzuleitenden Zweifel und eine gemeinrechtliche Streitfrage (Windscheid Bd. 1 § 225 Anm. 7, § 242 Anm. 8; Dernburg Pandekten Bd. 1 § 274 Anm. 8ff.) abzuschneiden.

§. 1210. Das Pfand haftet für die Forderung in deren jeweiligem Bestand, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen. Ist der persönliche Schuldner nicht der Eigenthümer des Pfandes, so wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung nicht erweitert.

Das Pfand haftet für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung sowie für die Kosten des Pfandverkaufs.

---

§ 1210.

E. I §§ 1148, 1149; II § 1120 rev. § 1195; III § 1193. P. I S. 5502 ff., 6244, 6249; M. III S. 893 f. P. II Bd. 3 S. 445 ff.; Bd. 4 S. 606 f.

1. **Bedeutung. Grundgedanke.** Der Umfang, in welchem das Pfand für die Forderung haftet, bestimmt sich in erster Linie nach dem Inhalte der Einigung zwischen dem Verpfänder und dem Gläubiger. Nur soweit die Beteiligten nicht ein anderes vereinbart haben, gelten die dispositiven Vorschriften des § 1210. Sie gehen davon aus, daß nach der regelmäßigen Auffassung des Verkehrs die Pfandhaftung sich dem Umfange nach mit der persönlichen Haftung des Schuldners decken soll und daß nur bei der Verpfändung für fremde Schuld, entsprechend den für die Bürgschaft geltenden Vorschriften, eine Einschränkung Platz zu greifen hat.

2. **Das Pfand haftet:**

a) nach Abs. 1 Satz 1 für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestande (vgl. § 767 Abs. 1 Satz 1). Die Haftung für Zinsen und Vertragsstrafen ist hier, abweichend vom § 767, besonders ausgesprochen, weil sie gemeinrechtlich streitig war, aus dem Pfandvertrage die Entscheidung regelmäßig nicht entnommen werden kann und bei der Hypothek die Frage gleichfalls gesetzlich entschieden ist (§§ 1115, 1118). Unter Zinsen sind sowohl gesetzliche als auch rechtsgeschäftliche, unter Vertragsstrafen sowohl die statt als auch die neben der Erfüllung zu leistenden zu verstehen (§§ 339 ff.).

Änderungen (oder Erweiterungen) der Forderung durch Verschulden oder Verzug des Schuldners sind hier, wiederum im Gegensatze zum § 767 Abs. 1 Satz 2 und auch zum E. I § 1148, nicht besonders erwähnt, weil die zweite Kommission es für selbstverständlich hielt, daß eine auf den jeweiligen Bestand der Forderung erstreckte Haftung auch diese Änderungen mitumfasse.

Auf Änderungen der Forderung durch Rechtsgeschäfte, die der Schuldner nach der Pfandbestellung vornimmt, erstreckt sich die Haftung des Pfandes dann niemals, wenn durch sie an die Stelle der ursprünglichen Forderung eine andere Forderung gesetzt wird (§ 364 Abs. 2) oder zu einer Forderung eine neue selbständige Forderung hinzutritt; in diesen Fällen bedarf es zur Begründung der Pfandhaftung für die neue Forderung einer neuen Pfandbestellung. Wird dagegen durch das Rechtsgeschäft nur die ursprüngliche Forderung in ihrem Bestande geändert, wie namentlich durch den Verzicht auf eine Einrede (vgl. auch § 1211 Abs. 2) oder durch eine den Gegenstand der Forderung, die Zahlungstermine oder sonstige Nebenbestimmungen ändernde Vereinbarung, so würde sich nach Satz 1 die Pfandhaftung stets auf den rechtsgeschäftlich veränderten Bestand der Forderung erstrecken.

Der **Satz 2** macht jedoch hier eine Ausnahme für den Fall, daß der persönliche Schuldner nicht der Eigentümer des Pfandes ist. Die Tragweite dieser Ausnahmebestimmung erscheint nicht unzweifelhaft. Ihrem Wortlaute nach umfaßt sie die drei Fälle:

α) daß das Pfandrecht für eine fremde Schuld bestellt ist;

β) daß der Eigentümer das Pfandrecht für eigene Schuld bestellt, das Pfand aber nachher, insbesondere nach § 931, veräußert hat;

γ) daß ein Nichteigentümer das Pfandrecht ohne die Zustimmung des Eigentümers für eine eigene Schuld bestellt hat und das Pfandrecht nach § 1207 infolge des guten Glaubens des Pfandgläubigers zur Entstehung gelangt ist.

Der E. I § 1149 bestimmte die hier fragliche Ausnahme nur für den ersterwähnten Fall, und zwar mit Rücksicht auf dessen rechtliche Ähnlichkeit mit der Bürgschaft, für die der § 767 Abs. 1 Satz 3 eine entsprechende Beschränkung der Haftung vorsieht. Die zweite Kommission billigte zunächst sachlich die Vorschrift des E. I und lehnte es ausdrücklich ab, auch im Falle der Pfandbestellung für eine eigene Schuld des Verpfänders die Haftung des Pfandes für Änderungen

der Forderungen durch spätere Rechtsgeschäfte des persönlichen Schuldners unter gewissen Voraussetzungen auszuschließen (P. II Bd. 3 S. 449, wo aber im Abs. 2 der Eingang lauten muß: „Zur Begründung des Antrags 3" so daß sich die im folgenden Satze festgestellte Ablehnung „dieses Vorschlags" auf den Antrag 3, nicht, wie es dort den Anschein hat, nur auf den Unterantrag zum Antrag 3 bezieht). Nachträglich erklärte die Kommission sich zwar mit der jetzigen, vom E. I abweichenden Formulierung der Voraussetzung des § 1210 Abs. 1 Satz 2 einverstanden, aber lediglich, um die Vorschrift, „mit der Fassung der entsprechenden für die Hypothek beschlossenen Vorschrift in Einklang zu bringen". Es erscheint hiernach zweifelhaft, ob sie die oben unter β und γ genannten Fälle durch die beschlossene Änderung der Fassung hat mittreffen wollen. Sie hatte sich früher gegen diese Ausdehnung ausgesprochen und das Gewicht der für diesen Standpunkt in den M. III S. 804 angeführten Gründe, welche sich die Mehrheit der Kommission nach P. II Bd. 3 S. 449 angeeignet hat, ist nicht zu verkennen. Wenn nun bei der Änderung des früheren Beschlusses als Grund dafür lediglich die Herstellung der Übereinstimmung mit der für die entsprechende Vorschrift bei der Hypothek beschlossenen Fassung angeführt wird, so scheint dies darauf hinzudeuten, daß die Änderung nur als eine Fassungsänderung angesehen, eine sachliche Änderung aber nicht beabsichtigt ist. Eine solche Auffassung dürfte aber, da die in der Fassungsänderung liegende sachliche Änderung leicht erkennbar ist, bei der Genauigkeit, mit welcher bei der Redaktion des BGB. verfahren ist, sich nicht rechtfertigen lassen. Man wird in der Verweisung auf die bei der Hypothek beschlossenen Fassung eine Verweisung nicht bloß auf den Wortlaut, sondern auch auf den sachlichen Inhalt der für die Hypothek beschlossenen Bestimmung finden müssen. Bei der Hypothek hat die entsprechende Vorschrift des § 1137 Abs. 2 („Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet") unzweifelhaft die weitere Bedeutung, daß sie auch die oben zu β, γ bezeichneten Fälle mitumfaßt (oben S. 579 Erl. 5 zu § 1137). Man wird nicht annehmen können, daß die Kommission, wenn sie hier absichtlich dieselbe Ausdrucksweise wählte, damit einen anderen Sinn wie dort hat verbinden wollen (zustimmend Biermann Erl. 2 zu § 1210; a. A. Kober Erl. 1a zu § 1210).

Dabei ist indessen folgendes zu beachten: Die Voraussetzung, daß der persönliche Schuldner nicht der Eigentümer ist, muß selbstverständlich hier wie bei der Hypothek in dem Zeitpunkte vorliegen, in welchem das betreffende Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Ein von dem persönlichen Schuldner nach der Verpfändung, aber zu einer Zeit, in der er noch Eigentümer war, vorgenommenes Rechtsgeschäft ist, wenn später Eigentum und persönliche Schuld auseinanderfallen, doch gegen den späteren Eigentümer wirksam. Sodann ist zu berücksichtigen, daß, wenn der Pfandgläubiger bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts den persönlichen Schuldner für den Eigentümer hielt, die Erweiterung der Haftung des Eigentümers unter denselben Voraussetzungen eintritt, unter welchen nach § 1207 die Bestellung des Pfandrechts von seiten des Nichteigentümers möglich ist. Regelmäßig werden die nach § 1207 entsprechend anwendbaren Voraussetzungen des § 929 Satz 2 und des § 932 Abs. 1 Satz 2 vorliegen. Die Wirksamkeit der durch das Rechtsgeschäft herbeigeführten Erweiterung der Haftung für den Eigentümer wird daher regelmäßig nur von dem guten Glauben des Pfandgläubigers abhängen.

Gleich- oder nachstehenden Berechtigten gegenüber ist eine nach der Begründung ihres Rechtes vorgenommene rechtsgeschäftliche Erweiterung der Haftung der Sache mangels ihrer Zustimmung in jedem Falle unwirksam, da das Pfandrecht ihrem Rechte nur insoweit gleich- oder nachsteht, als es zur Zeit der Entstehung ihres Rechtes bestand.

b) Nach Abs. 2 haftet das Pfand

α) für die Ansprüche des Pfandgläubigers gegen den Verpfänder auf Ersatz von Verwendungen nach § 1216, auch soweit der Pfandgläubiger nur nach den Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung Ersatz verlangen kann (a. A. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 519; wegen der Verwendungsansprüche gegen die Eigentümer s. Erl. 3 zu § 1216);

β) für die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung, und zwar nicht nur, wie bei der Hypothek (§ 1118), der die Befriedigung aus der Sache bezweckenden, dinglichen, sondern auch der persönlichen Rechtsverfolgung, aber nur, soweit die genannten Kosten dem Pfandgläubiger zu ersetzen sind;

γ) für die Kosten des Pfandverkaufs nach Maßgabe der §§ 1219 ff. oder der §§ 1233 ff.; sie gehören zu den Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung.

§. 1211. Der Verpfänder kann dem Pfandgläubiger gegenüber die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach §. 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Verpfänder nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet.

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet.

Die im Abs. 2 bestimmte Haftung besteht auch im Falle der Pfandbestellung für eine fremde Schuld. Sie geht in diesem Falle über die Haftung des Bürgen (§ 767 Abs. 2) insofern hinaus, als sie auch den Ersatz von Verwendungen und die Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung mitumfaßt.

§ 1211.

E. I §§ 1149, 1160; II § 1119 rev. § 1196; III § 1194. P. I S. 5502 ff., 5511 ff., 5517 f., 6244, 6249; M. III S. 804, 814 f. P. II Bd. 3 S. 445 f., 448, 460 f.

Der § 1211 gewährt dem Verpfänder dem Pfandgläubiger gegenüber gewisse Einreden (s. Erl. 1, 2), ohne damit die dem ersteren zustehenden Verteidigungsmittel zu erschöpfen (Erl. 3).

1. **Der Verpfänder kann dem Pfandgläubiger gegenüber zunächst die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen (Abs. 1 Satz 1).** Dies ist eine Folgerung aus der akzessorischen Natur des Pfandrechts, das auf Befriedigung aus der Sache wegen der Forderung geht und daher insoweit, als der Forderung eine Einrede entgegensteht, nicht geltend gemacht werden kann. Immerhin könnte daraus, daß die Einrede die Forderung nicht aufhebt, sondern dem Schuldner nur die Befugnis zur vorübergehenden oder dauernden Verweigerung der Leistung gewährt, ein Zweifel hergeleitet werden, ob die Einrede auch dem Pfandrecht entgegengesetzt werden kann. Deshalb ist die Zulässigkeit dieser Einreden hier, wie bei der Bürgschaft und der Hypothek (§§ 768, 1137), ausdrücklich anerkannt.

a) Der Verpfänder kann die Einreden geltend machen ohne Unterschied, ob er zugleich persönlicher Schuldner ist oder nicht. Nur insofern ist im letzteren Falle der Verpfänder günstiger gestellt, als er eine Einrede selbst dann noch geltend machen kann, wenn der persönliche Schuldner nachträglich auf sie verzichtet hat (Abs. 2). Dies entspricht der Vorschrift des § 1210 Abs. 1 Satz 2 (vgl. § 768 Abs. 2, § 1137 Abs. 2).

Der Verpfänder kann die Einrede auch dann geltend machen, wenn er nicht der Eigentümer des Pfandes ist. Der E. I § 1149 (verb. mit § 671) und § 1160 gab die Einreden zwar nur dem Pfandeigentümer, und auch die zweite Kommission bezog die Vorschrift nur auf diesen (P. II Bd. 3 S. 461). Der § 1211 spricht aber von dem Verpfänder. Bei der Sorgfalt, mit der in diesem Abschnitte sonst zwischen dem Verpfänder und dem Eigentümer der Sache unterschieden ist, wird man hier nicht eine Ungenauigkeit der Fassung annehmen und den Ausdruck nur auf denjenigen Verpfänder, welcher zugleich Eigentümer ist, beziehen können. Auch sachlich wäre eine solche Beschränkung der Vorschrift nicht gerechtfertigt. Wer eine fremde Sache z. B. nach § 1206 durch Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes verpfändet hat, muß den Anspruch des Pfandgläubigers auf Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs (§ 1231) mit einer der Forderung entgegenstehenden Einrede abwehren können.

Ist der Verpfänder nicht der Eigentümer des Pfandes, so fragt sich aber weiter, ob nicht auch der Eigentümer die Einreden geltend machen kann. Nach dem E. I § 1160 war dies nicht zweifelhaft. Im Gesetz ist die Frage nicht besonders entschieden; sie ist aber zu bejahen. Die Ausübung des Pfandrechts durch Verkauf ist, solange der Forderung eine Einrede entgegensteht, eine Beeinträchtigung des Eigentums, zu deren Duldung der Eigentümer nicht verpflichtet ist und der er daher mit dem negatorischen Eigentumsanspruch (§ 1004) entgegentreten kann; bei der Geltendmachung dieses Anspruchs muß er der auf das Pfandrecht gegründeten Einrede des Pfandgläubigers (Erl. 5b zu § 1004) die dem Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden als Replik entgegensetzen können.

Dem Verpfänder steht sein Erbe oder Sondernachfolger gleich.

b) **Die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden können** aufschiebende sein, wie die der Stundung, des Zurückbehaltungsrechts (§ 273), des nicht erfüllten Vertrags (§§ 320 ff.), der Vorausklage (§§ 771 ff.), oder zerstörende, wie namentlich

die Einrede, daß die Forderung ohne rechtlichen Grund oder durch eine unerlaubte Handlung erlangt sei (§§ 821, 853). Bei den zerstörenden Einreden gibt der § 1254 dem Verpfänder, wie auch dem Eigentümer, das weitergehende Recht, das Pfandrecht durch Rückforderung des Pfandes zum Erlöschen zu bringen.

Ausgeschlossen von der Geltendmachung gegenüber dem Pfandgläubiger sind:

α) die Einrede der Verjährung, soweit es sich nicht um Ansprüche auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen handelt (§ 223);

β) die Einrede der Ausschließung des Gläubigers infolge des Aufgebots der Nachlaßgläubiger oder der verspäteten Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Erben (§§ 1973, 1974), weil der Pfandgläubiger in Ansehung der Befriedigung aus dem Pfande durch das Aufgebot nicht betroffen wird (§ 1971);

γ) nach § 1211 **Abs. 1 Satz 2** die Abzugseinrede des Erben aus der beschränkten Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1990); dies entspricht dem Zwecke des Pfandrechts, das gerade eine über die persönliche Haftung hinausgehende Sicherheit bieten soll (vgl. §§ 768, 1137);

δ) etwaige aus einem Zwangsvergleiche dem Schuldner zustehende Einreden (KO. § 193 Satz 2).

c) Dem Pfandgläubiger gegenüber kann der Verpfänder die Einreden geltend machen, jedoch nicht gegen jeden Anspruch des ersteren aus dem Pfandrecht, insbesondere nicht gegen den dinglichen Herausgabeanspruch nach § 1227 verb. mit § 985, mit dem der Pfandgläubiger vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung lediglich sein Recht zum Besitze geltend macht (vgl. E. Schultz, Die Pfandansprüche nach § 1227 des BGB. 1903 S. 49 ff. und im Recht 1904 S. 526), sondern nur gegen diejenigen Ansprüche des Pfandgläubigers, welche das Recht auf Befriedigung aus dem Pfande voraussetzen, namentlich gegen den Anspruch auf Einräumung des Alleinbesitzes nach § 1231 sowie gegen den nach der Erl. 2*αβ* zu § 1233 zulässigen Anspruch auf Gestattung des Pfandverkaufs. In den regelmäßigen Fällen dagegen, in denen der Pfandgläubiger den Pfandverkauf ohne vorherige Klage gegen den Verpfänder betreibt, kann dieser die hier fraglichen Einreden, wenn er Eigentümer ist, dadurch geltend machen, daß er gegen den Pfandgläubiger wegen der in dem beabsichtigten und gemäß § 1234 ihm angedrohten Pfandverkaufe liegenden Beeinträchtigung seines Eigentums den negatorischen Eigentumsanspruch erhebt und auf dessen Einrede die Verkaufsberechtigung mit einer der hier fraglichen Einreden repliziert (vgl. Erl. 3 zu § 1234). Ob auch der Verpfänder, der nicht Eigentümer ist, gegen den beabsichtigten Pfandverkauf die hier in Rede stehenden Einreden, ähnlich wie nach § 767 CPO. der Schuldner die dort behandelten Einwendungen, gegen den Pfandgläubiger klageweise geltend machen kann, ist zweifelhaft, dürfte aber nach dem Wortlaut und Zwecke des § 1211 zu bejahen sein (ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 494; a. A. Kober Erl. 4 zu § 1211).

2. Der Verpfänder kann dem Pfandgläubiger gegenüber die nach § 771 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen (Abs. 1 Satz 1), d. h. die ihm zwecks Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande obliegende Leistung so lange verweigern, als

a) der persönliche Schuldner das der Forderung zugrunde liegende Rechtsgeschäft anfechten oder

b) der Pfandgläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners befriedigen kann.

Dies entspricht der Vorschrift des § 1137 Abs. 1 Satz 1 für die Hypothek. Beide Einreden stehen dem Verpfänder ohne Unterschied, ob er Eigentümer ist oder nicht, jedoch nur dann zu, wenn er nicht selbst der persönliche Schuldner ist. Die Vorschrift des Abs. 2 findet in diesem Falle keine Anwendung, da es sich weder bei dem Anfechtungsrechte noch bei der Aufrechnungsbefugnis um eine dem Schuldner zustehende Einrede handelt; doch ergibt sich die Unwirksamkeit eines zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Pfandgläubiger vorgenommenen Rechtsgeschäfts, durch das jene Befugnisse ausgeschlossen werden, gegenüber dem Verpfänder aus § 1210 Abs. 1 Satz 2 (a. A. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1014; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 493 f.). Ist der Verpfänder der persönliche Schuldner, so kann er selbst anfechten oder aufrechnen und dadurch die Forderung beseitigen. Das in Erl. 1c Gesagte gilt auch hier. Nach dem in Erl. 1a a. E. Bemerkten kann der Eigentümer, der nicht Verpfänder ist, auch diese Einreden geltend machen. Die Anerkennung einer entsprechenden Einrede des Verpfänders auf Grund des Rechtes des Schuldners, die Herabsetzung der ihm obliegenden Leistung zu verlangen, in den Fällen der §§ 343, 655 (vgl. Düringer-Hachenburg S. 494) erscheint bei dem Ausnahmecharakter jenes Rechtes des Schuldners bedenklich.

§. 1212. Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden.

§. 1213. Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen.

---

3. **Außer den im § 1211 zugelassenen Einreden kann der Verpfänder dem Pfandgläubiger entgegensetzen:**

a) sonstige Einwendungen gegen die Forderung, d. h. Tatsachen, die entweder die Entstehung der Forderung hindern oder ihr Erlöschen zur Folge haben; die Zulässigkeit dieser Einwendungen folgt aus der akzessorischen Natur des Pfandrechts;

b) Einwendungen gegen den rechtlichen Bestand des Pfandrechts, sei es seine Entstehung, sei es sein Fortbestehen;

c) Einwendungen aus einem zwischen ihm und dem Pfandgläubiger bestehenden Rechtsverhältnis, insbesondere einer durch Rechtsgeschäft oder auf andere Weise, z. B. eine unerlaubte Handlung, begründeten Verpflichtung, von dem Pfandrechte keinen Gebrauch zu machen oder die Pfandbestellung rückgängig zu machen. Die Zulässigkeit solcher Einwendungen sprach der E. I § 1160 Satz 1 für das Verhältnis des Pfandeigentümers zum Pfandgläubiger ausdrücklich aus; die zweite Kommission hielt sie für selbstverständlich.

Die vorstehend zu a—c erwähnten Einwendungen kann **auch der Eigentümer des Pfandes, der nicht Verpfänder ist,** nach dem oben unter 1a a. E. Bemerkten geltend machen.

4. **Inwieweit der Verpfänder, der nicht persönlicher Schuldner ist, diesem gegenüber verpflichtet ist,** dem Pfandgläubiger gegenüber von den ihm zustehenden Einwendungen Gebrauch zu machen, bestimmt sich nach den Vorschriften, die für das zwischen ihm und dem Schuldner bestehende Rechtsverhältnis maßgebend sind (vgl. RG. 59 S. 209 f.).

§ 1212.

E. I § 1150 Abs. 2; II § 1121 rev. § 1197; III § 1195. P. I S. 5493 ff., 6244, 6249; M. III S. 805. P. II Bd. 3 S. 449 ff.

1. **Der § 1212 enthält** eine Anwendung der auch dem § 953 (oben S. 260 Erl. 1 zu § 953) zugrunde liegenden Regel, daß dingliche Rechte an einer Sache im Falle der Teilung der Sache an den Teilen fortbestehen. Der E. I § 1150 Abs. 2 sprach die Folgerung aus dieser Regel für das Pfandrecht allgemein in bezug auf getrennte Bestandteile der Sache aus. Die zweite Kommission hielt einen solchen Ausspruch nur bezüglich der getrennten Erzeugnisse für erforderlich, weil hier über den Fortbestand des Pfandrechts namentlich dann Zweifel entstehen könnten, wenn die Sache noch mit einem dem Pfandrechte nachstehenden Nießbrauche belastet ist. Ein solcher Nießbraucher erwirbt also an den Erzeugnissen zwar nach § 954 mit der Trennung das Eigentum, ebenso wie nach § 953 der Eigentümer, aber belastet mit dem Pfandrecht. Ebenso erwirbt auch ein gutgläubiger Besitzer der im § 955 bezeichneten Art das Eigentum an den Erzeugnissen nur belastet mit dem Pfandrechte (oben S. 262 Erl. 3). Vgl. zu § 1212 auch oben S. 261 Erl. 1aγ zu § 954.

Einer vertragsmäßigen Ausschließung der Erzeugnisse von der Verpfändung steht aber der § 1212 nicht entgegen (ebenso Dernburg Bd. 3 S. 793 § 257 Nr. 9).

2. **Auf die Forderung des Verpfänders aus einer Versicherung des Pfandes** erstreckt sich das Pfandrecht, im Gegensatze zur Hypothek (§ 1127), nicht. Ein dahingehender Antrag ist von der zweiten Kommission abgelehnt. Die Forderung aus der Versicherung muß besonders verpfändet werden.

Wird das Pfand durch die unerlaubte Handlung eines Dritten beschädigt, zerstört oder weggenommen, so erwächst dem Pfandgläubiger aus der Verletzung seines Rechtes an der Sache ein selbständiger Schadensersatzanspruch.

§ 1213.

E. I § 1154 Abs. 1, 4; II § 1122 rev. § 1198; III § 1196. P. I S. 5554 ff., 6136, 6244, 6249, 6268, 6273, 12021 f.; M. III S. 807 ff. P. II Bd. 3 S. 452 f.

1. **Der Abs. 1 erkennt,** in Übereinstimmung mit dem früheren Rechte, **ein Nutzungspfandrecht bei beweglichen Sachen als zulässig an.** Das Nutzungspfandrecht ist ein Pfandrecht, also ein dingliches Recht auf Befriedigung aus der Sache wegen einer Forderung, aber ein Pfandrecht, dessen Inhalt vertragsmäßig dahin erweitert ist, daß der Pfandgläubiger auch

Ist eine von Natur fruchttragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Pfandgläubiger zum Fruchtbezuge berechtigt sein soll.

§. 1214. Steht dem Pfandgläubiger das Recht zu, die Nutzungen zu ziehen, so ist er verpflichtet, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen und Rechenschaft abzulegen.

Der Reinertrag der Nutzungen wird auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese angerechnet.

Abweichende Bestimmungen sind zulässig.

---

berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen. Das letzere Recht bildet nicht, wie bei dem Nießbrauche (§ 1030 Abs. 1), den alleinigen Inhalt des Rechtes, sondern ist nur eine Erweiterung des Pfandrechts und dient daher auch nur dem Pfandzwecke, nämlich der Sicherung der Forderung, so daß der Gläubiger die Nutzungen nur für Rechnung des Verpfänders zu ziehen berechtigt ist und sie sich auf seine Forderung anrechnen lassen muß (vgl. § 1214).

Für die Bestellung des Nutzungspfandrechts gelten die allgemeinen Bestimmungen mit der Abweichung, daß die Einigung auf Entstehung eines Pfandrechts des hier fraglichen Inhalts gerichtet sein muß, d. h. eines Pfandrechts mit der Erweiterung, daß der Pfandgläubiger die Nutzungen des Pfandes zu ziehen berechtigt sein soll. Die dahingehende Parteiabsicht kann sich auch aus den Umständen, insbesondere der Beschaffenheit des Pfandes, ergeben (vgl. die Auslegungsregel des Abs. 2). Nutzungen des Pfandes sind die Früchte, sowohl die natürlichen, d. h. die Erzeugnisse und die sonstige aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß zu gewinnende Ausbeute, als auch die juristischen, d. h. die von der Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses zu gewinnenden Erträge, sowie die Vorteile, die der Gebrauch der Sache gewährt (§ 99 Abs. 1, 3, § 100). Wird das Pfandrecht nach § 1205 Abs. 1 bestellt, so gewährt es dem Gläubiger das Recht auf die natürlichen Früchte und die Gebrauchsvorteile, nicht dagegen auf juristische Früchte, da der Vermietung des Pfandes die Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers (§ 1215) entgegensteht; wird das Pfandrecht nach § 1205 Abs. 1 bestellt, so kommen, so lange der Gläubiger nur mittelbaren Besitz hat, nur die juristischen Früchte in Betracht. Auch durch Einräumung des Mitbesitzes nach § 1206 kann unter Umständen ein Nutzungspfand bestellt werden. Der vertragsmäßige Ausschluß einzelner Nutzungen wird, wie bei dem Nießbrauche (§ 1030 Abs. 2), zulässig sein.

An den natürlichen Früchten erwirbt der Pfandgläubiger das Eigentum nach § 954.

Über das Schuldverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder trifft der § 1214 Bestimmungen.

2. Der Abs. 2 enthält eine Auslegungsregel für den Fall der Verpfändung einer von Natur fruchttragenden Sache, wie insbesondere Vieh, aber auch fruchttragender Bäume und Sträucher, die nach § 95 Abs. 1 Satz 1 nicht Bestandteile eines Grundstücks sind. Bei Sachen dieser Art entspricht es dem Interesse und daher auch dem mutmaßlichen Willen beider Beteiligten, daß der Pfandgläubiger zur Ziehung der natürlichen Früchte berechtigt und verpflichtet ist. Die Berechtigung zum Fruchtbezuge, nicht auch zum Gebrauche, soll deshalb im Zweifel als vereinbart angenommen werden, aber nur, wenn die Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben ist. Durch diese Voraussetzung wollte die zweite Kommission, entsprechend den M. III S. 809, den Fall der Verpfändung nach § 1206 von der Anwendung der Auslegungsregel ausschließen. Man wird daher annehmen dürfen, daß die letztere jedenfalls auch bei einer Verpfändung nach § 1205 Abs. 1 Satz 2, nicht minder aber dann Platz greift, wenn im Falle der Verpfändung nach § 1205 Abs. 2 der Pfandgläubiger später den unmittelbaren Alleinbesitz der Sache erlangt, obwohl eine Übergabe zum Alleinbesitz in beiden Fällen bei der Verpfändung nicht stattfindet.

§ 1214.

E. I § 1154 Abs. 2, 3; II § 1123 rev. § 1199; III § 1197. P. I S. 5554 ff., 6136, 6244, 6249, 6268, 6273; M. III S. 808 f. P. II Bd. 3 S. 452 f.

Zweck und Inhalt. Das Nutzungspfandrecht gewährt dem Pfandgläubiger das Recht zur Ziehung der Nutzungen nur zum Zwecke der Befriedigung wegen der

§. 1215. Der Pfandgläubiger ist zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet.

Forderung. Das Nutzungsrecht des Pfandgläubigers bedarf also einer seinem Zwecke entsprechenden Beschränkung. Diese wird erreicht durch obligatorische Verpflichtungen, die sich mit dem Nutzungspfandrechte für den Pfandgläubiger verbinden, und die im § 1214 Abs. 1, 2, vorbehaltlich abweichenden Vereinbarung (Abs. 3), geordnet werden.

1. Nach Abs. 1 ist der Pfandgläubiger verpflichtet:

a) für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen, d. h. mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt alles zu tun, was zur Gewinnung der Früchte des Pfandes notwendig ist, z. B. das verpfändete Vieh zu füttern; Verletzung dieser Verpflichtung macht den Gläubiger schadensersatzpflichtig und begründet für den Verpfänder die im § 1247 bestimmten Rechte;

b) dem Verpfänder Rechenschaft abzulegen. Da es sich bei der Gewinnung der Nutzungen um eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung handelt, finden die Vorschriften der §§ 259, 261 Anwendung. Der Zeitpunkt, in welchem der Verpfänder Rechenschaft verlangen kann, ist, im Gegensatze z. B. zu § 666, im § 1214 Abs. 1 nicht bestimmt. Der Verpfänder wird daher jederzeit die Rechenschaft verlangen können.

2. Nach Abs. 2 schließt der Pfandbestellungsvertrag ferner die Vereinbarung in sich, daß der Gläubiger den Reinertrag der Nutzungen, d. h. ihren gemeinen Verkehrswert abzüglich der Gewinnungskosten, sowie der Kosten der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache (Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1061) sich auf die geschuldete Leistung anrechnen muß, und zwar entsprechend dem § 367 zunächst auf geschuldete Kosten, für die das Pfand nach § 1210 Abs. 2 haftet, dann auf geschuldete Zinsen (§ 1210 Abs. 1 Satz 1), endlich auf die Hauptleistung. Bezüglich der letzteren liegt hierin zugleich die Verpflichtung zur Annahme von Teilleistungen entgegen § 267, und zwar vor der Fälligkeit (§ 271 Abs. 2). Das Recht des Gläubigers wegen des nicht durch den Reinertrag der Nutzungen gedeckten Teiles der Schuld das Pfand unter den Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 zu verkaufen, bleibt unberührt.

3. Abs. 3. Abweichende Bestimmungen können insbesondere dahin vertragsmäßig getroffen werden, daß dem Pfandgläubiger die Nutzungen ohne Verpflichtung zur Rechnungslegung an Zahlungsstatt zur Tilgung der Zinsen (sog. Antichrese) oder auch der Hauptschuld zufallen sollen. Eine solche Vereinbarung dient zur wesentlichen Vereinfachung des Verhältnisses. Der Abs. 3 stellt die Zulässigkeit abweichender Bestimmungen fest, weil der Inhalt eines dinglichen Rechtes grundsätzlich durch Parteibelieben nur insoweit geändert werden kann, als das Gesetz es gestattet.

Wucherische Vereinbarungen sind nach § 138 nichtig.

§ 1215.

E. I § 1156 Abs. 1; II § 1124 rev. § 1200; III § 1198. P. I S. 5546 ff.; M. III S. 810 f. P. II Bd. 3 S. 454 f.

1. Die §§ 1215 ff. enthalten ergänzende gesetzliche Vorschriften über das Schuldverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder, welches sich an die Pfandbestellung knüpft. Da die Beteiligten es regelmäßig unterlassen, ihre obligatorischen Beziehungen durch Vereinbarung zu regeln, so sind dispositive Bestimmungen unentbehrlich.

Dagegen hat die zweite Kommission, im Gegensatze zum E. I und zu den Vorschriften über den Nießbrauch (oben S. 384 Vorbm. 3), die Anerkennung eines besonderen gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigentümer als solchem für unnatürlich und auch für überflüssig erachtet, weil zum Schutze des Eigentümers als solchen die Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentum ausreichten. Inwieweit hiernach der Eigentümer geschützt ist, wird bei den einzelnen nachfolgenden Vorschriften geprüft werden.

2. Die im § 1215 anerkannte Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Verwahrung des Pfandes beruht darauf, daß das Gesetz in dem Pfandbestellungsvertrage zugleich einen für die Dauer des Pfandrechts geschlossenen Verwahrungsvertrag findet (abweichend Endemann Bd. 2 S. 915 § 137 Anm. 3). Die Vorschriften über den Verwahrungsvertrag werden daher zur näheren Bestimmung des Inhalts der Verwahrungspflicht herangezogen werden können, namentlich die Vorschrift des § 691 in betreff der Frage, inwieweit der Pfandgläubiger das Pfand bei einem Dritten hinterlegen darf, die Bestimmung des § 692 über die Zulässigkeit einer Änderung der Aufbewahrungsart und die Vorschrift des § 694 bezüglich der Haftung des Verpfänders für

§. 1216. Macht der Pfandgläubiger Verwendungen auf das Pfand, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Verpfänders nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Pfandgläubiger ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er das Pfand versehen hat, wegzunehmen.

---

einen dem Pfandgläubiger durch die Beschaffenheit des Pfandes entstehenden Schaden. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 694 hat auch die zweite Kommission für selbstverständlich erachtet (P. II Bd. 3 S. 464f.). Die Vorschrift des § 697 über den Ort der Rückgabe erscheint dagegen neben § 1223 Abs. 1 nicht anwendbar (ebenso Endemann a. a. O.; a. A. Biermann); ebensowenig der § 690, da eine unentgeltliche Verwahrung nicht in Frage ist. In erster Linie entscheidet über den Inhalt der Verwahrungspflicht die Vereinbarung und mangels solcher die Verkehrssitte (vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 518).

Schuldhafte Verletzung der Verwahrungspflicht gibt dem Verpfänder einen Schadensersatzanspruch und die im § 1207 bestimmten Rechte.

Übrigens kommt die Verwahrungspflicht nur bei unmittelbarem Besitze des Pfandgläubigers in Betracht. Im Falle der Verpfändung nach § 1205 Abs. 2 haftet der Pfandgläubiger für den unmittelbaren Besitzer nicht etwa wie ein Verwahrer nach § 691 Satz 3 verb. mit § 276 (a. A. Cosack Bd. 2 S. 297); denn der unmittelbare Besitzer ist nicht sein Gehilfe bei Erfüllung der Verwahrungspflicht. Auch ist er nicht verpflichtet, den Besitzer mit Anweisungen bezüglich der Verwahrung zu versehen (a. A. Cosack, Biermann, Kober), da für die Verpflichtungen des Besitzers in bezug auf die Behandlung der Sache lediglich das bisherige seinem Besitze zugrunde liegende Verhältnis maßgebend bleibt. Dagegen ist der Pfandgläubiger dem Verpfänder für rechtzeitige und ordnungsmäßige Geltendmachung des Herausgabeanspruchs gegen den Besitzer verantwortlich (so Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1061).

3. Dem Eigentümer als solchem haftet der im Besitze befindliche Pfandgläubiger für den durch Verschlechterung, Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe des Pfandes entstehenden Schaden im Falle des Verschuldens nach § 989, und zwar von dem Erwerbe des Besitzes an, auch bevor er von dem Rechtsmangel des Verpfänders erfahren hat (§ 991 Abs. 2), weil er dem mittelbaren Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Verpfänder, nach § 1215 für diesen Schaden verantwortlich ist.

§ 1216.

E. I § 1159; II § 1125 rev. § 1201; III § 1199. P. I S. 5564ff., 6254, 6258f., 12022f.; M. III S. 813f. P. II Bd. 3 S. 459f.

1. Eine Verpflichtung des Pfandgläubigers, auf das Pfand Verwendungen zu machen, besteht regelmäßig (vgl. Erl. 2) nicht, auch wenn solche zur Erhaltung des Pfandes notwendig sind; der Pfandgläubiger ist im letzteren Falle nur nach § 1218 Abs. 2 zur Anzeige an den Verpfänder verpflichtet.

Macht der Pfandgläubiger freiwillig Verwendungen auf die Sache, so tut er dies immer auch im eigenen Interesse. Der § 1216 gibt ihm deshalb auch wegen notwendiger Verwendungen keinen unbedingten Ersatzanspruch, sondern gewährt ihm einen Ersatzanspruch immer nur, entsprechend dem § 1049, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, also nur:

a) wenn die Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verpfänders entsprach und der Pfandgläubiger sie nach den Umständen für erforderlich halten durfte (§ 683 Satz 1, § 670);

b) wenn der Verpfänder die Verwendung genehmigt (§ 684 Satz 2);

c) mangels dieser Voraussetzung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 684 Satz 1).

Ob die erste der unter a genannten Voraussetzungen vorliegt, wird bei Verpfändung für fremde Schuld anders zu beurteilen sein als bei Verpfändung für eigene Schuld.

Wegen der Verzinsung des verwendeten Betrags s. § 256, wegen der Haftung des Pfandes für die Verwendungsansprüche vgl. § 1210 Abs. 2, wegen der Verjährung dieser Ansprüche s. § 1226.

Bezüglich des im Satz 2 anerkannten Rechtes zur Wegnahme einer Einrichtung vgl. § 258 und oben S. 256 Erl. 2c zu § 951.

§. 1217. Verletzt der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Verpfänders fort, so kann der Verpfänder verlangen, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers hinterlegt oder, wenn es sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird.

Statt der Hinterlegung oder der Ablieferung der Sache an einen Verwahrer kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen. Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Pfandgläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt.

---

2. **Ausnahmsweise besteht eine Verpflichtung zu Verwendungen** bei dem Nutzungspfandrecht in bezug auf die Kosten der Gewinnung der Nutzungen und der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache. Auf diese Kosten findet aber die Vorschrift des § 1216 keine Anwendung, weil sie lediglich als Abzüge bei der Berechnung des Reinertrags der Nutzungen (§ 1214 Abs. 2) in Betracht kommen.

3. **Dem Eigentümer als solchem gegenüber** bestimmen sich die Rechte des Pfandgläubigers wegen Ersatzes seiner Verwendungen nach den §§ 994ff. Insbesondere hat der Pfandgläubiger ein Recht, sich wegen dieser Ersatzansprüche aus dem Pfande zu befriedigen, nur nach § 1003; dagegen hat er nicht nach § 1210 ein Pfandrecht an der Sache (a. A. Endemann Bd. 2 S. 917 § 137 Nr. 4).

§ 1217.

E. I § 1156 Abs. 2; II § 1126 rev. § 1202; III § 1200. P. I S. 5546 f., 5549 f., 6244, 6249, 12022; M. III S. 811. P. II Bd. 3 S. 4[illegible]4 ff.; Bd. 4 S. 599.

Der § 1217 gibt den Verpfänder zum Schutze gegen Gefährdung des Pfandes durch den im unmittelbaren Alleinbesitze befindlichen Pfandgläubiger einen zwiefachen Anspruch.

1. **Voraussetzung beider Ansprüche** ist, entsprechend dem § 1054,

a) daß der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maße verletzt, insbesondere das Recht auf sorgfältige Verwahrung des Pfandes (§ 1215), auf Unterlassung des Gebrauchs des Pfandes, soweit der Pfandgläubiger nicht etwa nach § 1213 Abs. 1 zum Gebrauche befugt ist, sowie bei dem Nutzungspfande das Recht darauf, daß der Pfandgläubiger für die Gewinnung der Nutzungen sorgt (§ 1214 Abs. 1);

b) daß der Verpfänder dem Pfandgläubiger eine Abmahnung hat zugehen lassen (vgl. §§ 130ff.);

c) daß der Pfandgläubiger das verletzende Verhalten fortsetzt.

2. **Abs. 1.** Unter der zu 1 erörterten Voraussetzung kann der Verpfänder zunächst Herausgabe des Pfandes an einen Dritten verlangen, und zwar geht sein Anspruch

a) bei Sachen, die zur Hinterlegung geeignet sind, d. h. Geld, Wertpapieren, sonstigen Urkunden und Kostbarkeiten (§ 372) und den etwa landesgesetzlich für hinterlegungsfähig erklärten Sachen (EG. Art. 146), dahin, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle hinterlegt wird, daß also der Pfandgläubiger entweder selbst das Pfand hinterlegt oder es zum Zwecke der Hinterlegung herausgibt. Die Vollstreckung des Urteils erfolgt demgemäß nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer Sache (§ 883), nicht zur Erwirkung einer sonstigen Handlung (§ 888), mithin durch Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers zum Zwecke der Hinterlegung. Soweit hinterlegte Gelder und Wertpapiere nach Landesgesetz gegen die Verpflichtung zur Rückerstattung in das Eigentum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen (EG. Art. 145 Abs. 1 Satz 1), erlangt der Pfandgläubiger, wie bei der Hinterlegung zwecks Sicherheitsleistung (§ 233), ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung. Die vom Pfandgläubiger zu tragenden Kosten der Hinterlegung sind, wenn letztere erzwungen wird, Kosten der Zwangsvollstreckung (CPO. § 788).

b) bei Sachen, die nicht zur Hinterlegung geeignet sind, dahin, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers an einen gerichtlich zu bestellenden

Verwahrer abgeliefert wird, daß der Pfandgläubiger es also entweder selbst abliefert oder zum Zwecke der Ablieferung herausgibt. Wegen der Zwangsvollstreckung gilt das zu a Bemerkte. Die Bestellung des Verwahrers ist, ohne Unterschied, ob die Ablieferung freiwillig oder zwangsweise erfolgt, nach § 165 FGG. eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zuständig ist danach das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich das Pfand befindet, sachlich also dasselbe Gericht, welches auch Vollstreckungsgericht ist (CPO. § 764 Abs. 1), aber nicht als solches. Vor der Bestellung sind der Pfandgläubiger und der Verpfänder soweit tunlich zu hören (§ 165 Abs. 3 a. a. O.). Es soll ihnen hierdurch nach der D. z. FGG. S. 88 Gelegenheit geboten werden, sich über die Zulässigkeit der Bestellung und die Person des Verwahrers zu äußern. Wird die Zulässigkeit von dem Pfandgläubiger bestritten, so kann über sie selbstverständlich nicht im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern nur im Prozeßweg entschieden werden. Das um Bestellung eines Verwahrers angegangene Gericht hat also in diesem Falle die Bestellung bis zur Entscheidung des Rechtsstreits abzulehnen.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem gerichtlich bestellten Verwahrer und den Beteiligten ist dasselbe wie im Falle des § 1206 das Verhältnis zwischen dem Dritten und den Beteiligten. Die Vorschriften über den Verwahrungsvertrag sind anwendbar (§§ 688ff.). Über eine von dem Verwahrer beanspruchte Vergütung entscheidet das für die Bestellung zuständige Amtsgericht, soweit tunlich nach Anhörung der Beteiligten (FGG. § 165 Abs. 2, 3). Bei einem Nutzungspfandrechte wird der „Verwahrer" auch die dem Pfandgläubiger nach § 1214 obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen haben, also eine ähnliche Stellung einnehmen wie der nach §§ 1052, 1054 gerichtlich bestellte Verwalter.

Die prozessuale Befugnis des Verpfänders, zu seiner Sicherung den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu beantragen (CPO. §§ 935ff.), tritt zu den hier gegebenen materiellen Ansprüchen ergänzend hinzu.

3. Abs. 2. Unter der zu 1 erörterten Voraussetzung wird dem Verpfänder außerdem ein außerordentliches Recht zur Lösung des Pfandes gewährt, welches über das regelmäßige Lösungsrecht (§ 1223 Abs. 2) nach zwei Richtungen hinausgeht:

a) Es ist unabhängig davon, ob der Schuldner bereits zur Leistung berechtigt ist, besteht also auch, wenn die Leistungszeit, entgegen der Auslegungsregel des § 271 Abs. 2, auch zugunsten des Gläubigers bestimmt ist, wie dies z. B. regelmäßig bei verzinslichen Darlehen anzunehmen sein wird (Erl. 2 zu § 272).

b) Der Verpfänder kann bei einer unverzinslichen noch nicht fälligen Forderung dem Pfandgläubiger, abweichend vom § 272, wegen der Zwischenzinsen einen Abzug machen, damit ihm durch die von dem Pfandgläubiger schuldhaft veranlaßte vorzeitige Befriedigung des letzteren kein Schaden erwächst. Er braucht somit dem Gläubiger nur die Summe zu zahlen, die mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen von 4 v. H. (§ 246) für die Zeit bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt; wenn also z. B. ein am 1. April 1902 rückzahlbares unverzinsliches Darlehen von 1000 Mk. am 1. Oktober 1901 zurückgezahlt wird, so ergibt sich der zu zahlende Betrag mittels der Gleichung:

$$x + \frac{2x}{100} = 1000, \text{ also } x = \frac{1000 . 100}{102} = 980{,}39 \text{ Mk.}$$

Die Berechnung des Abzugs läßt, entsprechend der sog. Hoffmannschen Methode, Zinseszinsen unberücksichtigt (vgl. § 1133 Satz 3; KO. § 65 Abs. 2; Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 35 A. 4).

Der Pfandgläubiger kommt nach § 298 in Verzug, wenn er die vom Verpfänder angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Rückgabe aber nicht anbietet.

Die Klage aus § 1217 Abs. 2 ist auf Verurteilung zur Rückgabe gegen Zahlung eines bestimmten Geldbetrags zu richten. Für die Vollstreckung kommen namentlich die Vorschriften des § 726 Abs. 2 und des § 756 der CPO. in Betracht.

Auch für die hier zugelassene vorzeitige Lösung des Pfandes gilt die Vorschrift des § 1224, nach welcher die Befriedigung des Pfandgläubigers auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen kann. Im E. I § 1163 war dies ausdrücklich klargestellt.

Anlangend das Verhältnis des Lösungsrechts zu dem im Abs. 1 bestimmten Anspruche, so kann nach dem Eingange des Abs. 2 der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes statt der Hinterlegung oder der Ablieferung der Sache an einen Verwahrer verlangen. Damit ist aber nicht gesagt, daß das Verlangen der Rückgabe durch das bloße Verlangen der Hinterlegung oder Ablieferung ausgeschlossen sein soll. Es handelt sich nicht um ein Wahl-

§. 1218. Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Werthes zu besorgen, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen; die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

Der Pfandgläubiger hat dem Verpfänder von dem drohenden Verderb unverzüglich Anzeige zu machen, sofern nicht die Anzeige unthunlich ist.

---

schuldverhältnis (§§ 262 ff.). Selbst nach erfolgter Hinterlegung oder Ablieferung des Pfandes wird der Verpfänder noch zur Lösung des Pfandes berechtigt sein.

4. **Der Eigentümer als solcher** hat dem Pfandgläubiger gegenüber nicht die im § 1217 bestimmten Ansprüche, sondern kann gegen ihn nur den negatorischen Eigentumsanspruch geltend machen, wenn das Verhalten des Gläubigers eine Beeinträchtigung des Eigentums enthält, zu der er nach dem sich aus dem Verpfändungsvertrag und dem Gesetz ergebenden Inhalte seines Rechtes nicht befugt und die daher der Eigentümer zu dulden nicht verpflichtet ist (§ 1004). Er wird hiernach nicht nur einem unbefugtem Gebrauche des Pfandes seitens des Pfandgläubigers, sondern auch einer Nachlässigkeit des Gläubigers in der Verwahrung des Pfandes oder in der Gewinnung der Nutzungen mit der Klage auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen seines Eigentums entgegentreten können (s. P. II Bd. 3 S. 456).

§ 1218.

E. I § 1157 Abs. 1 Satz 1, 3, Abs. 2 Satz 1; II § 1127 rev. § 1203; III § 1201. P. I S. 5550 ff., 6244, 6249; M. III S. 812. P. II Bd. 3 S. 457 f.

1. Die **§§ 1218—1221** gewähren bei drohendem Verderb oder drohender Minderung des Wertes des Pfandes dem Verpfänder (§ 1218) und dem Pfandgläubiger (§§ 1219—1221) besondere zur Wahrung ihrer Interessen bestimmte Rechte.

2. **Zweck des § 1218. Der Verpfänder** wäre, da der Pfandgläubiger zum Besitze des Pfandes berechtigt und, außer dem Falle des § 1217 Abs. 2, erst nach dem Erlöschen des Pfandrechts zur Rückgabe verpflichtet ist (§ 1223 Abs. 1), außerstande, die zur Abwendung des ihm drohenden Schadens geeigneten Maßnahmen zu ergreifen. Der § 1218 kommt ihm deshalb durch ergänzende Vorschriften zu Hilfe.

3. **Abs. 1. a)** Voraussetzung ist, daß der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes zu besorgen ist. Nicht erforderlich ist hier, wie im § 1219, daß durch den Verderb oder die Wertminderung die Sicherheit des Gläubigers gefährdet werden würde. Denn der § 1218 bezweckt den Schutz des Verpfänders, nicht den des Pfandgläubigers.

b) Unter dieser Voraussetzung wird dem Verpfänder ein Anspruch auf Rückgabe des Pfandes, aber nicht wie im § 1217 Abs. 2 gegen vorzeitige Befriedigung des Gläubigers, sondern gegen anderweitige Sicherheitsleistung gewährt. Der Anspruch auf Rückgabe ist, da sich an diese das Erlöschen des Pfandrechts knüpft, der Wirkung nach ein Anspruch auf Aufhebung des Pfandrechts. Die anderweitige Sicherheit muß nach Maßgabe der §§ 232 ff. geleistet werden; nur die Sicherheitsleistung durch Bürgen (§ 232 Abs. 2) ist hier, als der Pfandsicherheit nicht gleichwertig, ausgeschlossen. Der Zweck der Sicherheitsleistung besteht darin, dem Pfandgläubiger Ersatz für den Verlust der Sicherheit zu gewähren, den er durch die Rückgabe des Pfandes erleidet. Der Betrag, in welchem die Sicherheit zu leisten ist, muß sich deshalb nach dem Werte bestimmen, den das Pfand zu der Zeit hat, in welcher die Rückgabe gefordert wird. Selbstverständlich braucht aber die Sicherheit nie den Betrag der Forderung und der Nebenansprüche, für welche das Pfand haftet (§ 1210), zu übersteigen (Bd. I S. 386 Vorbm. zum 7. Abschnitte).

Die Klage ist zu richten auf Verurteilung zur Rückgabe des Pfandes gegen Leistung einer bestimmten Sicherheit von bestimmtem Betrage, da bei einer Verurteilung zu einer Zug um Zug gegen eine Gegenleistung zu bewirkenden Leistung auch die Gegenleistung im Urteile festgesetzt werden muß, oder genauer auf Verurteilung zur Rückgabe des Pfandes gegen Vornahme der von seiten des Verpfänders zur Leistung der anderweitigen Sicherheit erforderlichen Handlungen, z. B. bei der Sicherheitsleistung durch Hypothekenbestellung gegen Aushändigung einer nach § 873 Abs. 2 bindenden Eintragungsbewilligung. Für die Vollstreckung des Urteils kommen namentlich der § 726 Abs. 2 und der § 756 der CPO. in Betracht. Der Vorleistung

§. 1219. Wird durch den drohenden Verderb des Pfandes oder durch eine zu besorgende wesentliche Minderung des Werthes die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet, so kann dieser das Pfand öffentlich versteigern lassen.

Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes. Auf Verlangen des Verpfänders ist der Erlös zu hinterlegen.

---

des Verpfänders bedarf es danach auch bei der Sicherheitsleistung durch Hypothekbestellung nicht (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 1218; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 523).

4. Abs. 2. Die hier bestimmte Verpflichtung des Gläubigers zu unverzüglicher, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 2) zu machender, Anzeige soll den Verpfänder zu rechtzeitiger Ausübung des im Abs. 1 gewährten Rechtes instand setzen. Sie ist auf den Fall des drohenden Verderbes beschränkt, weil eine drohende Wertminderung der Verpfänder selbst vorherzusehen in der Lage ist. Verletzung der Anzeigepflicht macht den Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig.

5. Dem Eigentümer als solchem steht weder der im Abs. 1 bestimmte Anspruch zu, noch besteht ihm gegenüber die Anzeigepflicht nach Abs. 2.

§ 1219.

E. I § 1157 Abs. 1 Satz 1, 2, Abs. 3; II § 1128 Abs. 1, 3 rev. § 1204; III § 1202. P. I S. 5550 ff., 6244, 6249; M. III S. 812. P. II Bd. 3 S. 457 ff.

1. Die **§§** 1219—1221 dienen zum Schutze **des Pfandgläubigers** bei drohendem Verderbe des Pfandes oder drohender wesentlicher Wertminderung. Der § 1219 gibt ihm das Recht zur vorzeitigen Versteigerung des Pfandes (Abs. 1) und regelt die Rechtsverhältnisse in betreff des Erlöses (Abs. 2); die §§ 1220, 1221 bestimmen die weiteren Voraussetzungen und die Ausführung der Versteigerung. Einen Anspruch auf anderweitige Sicherheitsleistung hat der Pfandgläubiger wegen bloß drohenden Verderbes 2c. niemals, wegen eines bereits eingetretenen seine Sicherheit gefährdenden Verderbes 2c. nur nach Maßgabe des der Verpfändung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (vgl. Bd. I S. 392 Erl. 3 zu § 240, Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 524).

2. Abs. 1. a) Voraussetzung der Versteigerungsbefugnis ist entweder drohender Verderb des Pfandes, durch den die Sicherheit des Gläubigers in jedem Falle gefährdet wird, oder die nach den Umständen begründete Besorgnis, daß der Wert des Pfandes eine die Sicherheit des Gläubigers gefährdende wesentliche Minderung erleiden werde. Die Voraussetzung ist also weder dann erfüllt, wenn bei sorgfältiger Erwägung der Umstände eine Wertminderung überhaupt nicht zu besorgen ist (a. A. Düringer-Hachenburg a. a. O.), noch dann, wenn zwar eine sogar wesentliche Wertminderung zu besorgen ist, aber doch nur eine solche, nach derem Eintritte das Pfand und der aus ihm voraussichtlich zu erzielende Erlös noch immer zur Sicherheit des Gläubigers ausreichen würde. Für die Entscheidung, ob die Sicherheit noch ausreicht, wird der § 237 herangezogen werden können, nach welchem mit beweglichen Sachen Sicherheit nur in Höhe von zwei Dritteilen des Schätzungswerts geleistet werden kann. Über die weiteren Voraussetzungen der Versteigerungsbefugnis s. Erl. 1 zu § 1220.

b) Die Befugnis des Pfandgläubigers geht dahin, das Pfand öffentlich versteigern, d. h. im Wege öffentlicher Versteigerung nach Maßgabe des § 383 Abs. 1 Satz 2 für Rechnung des Verpfänders verkaufen zu lassen (vgl. § 457) und das Eigentum an dem Pfande zu übertragen. An die Stelle der öffentlichen Versteigerung kann nach Maßgabe des § 1221 freihändiger Verkauf zum laufenden Preise treten. Der Erwerber der Sache erlangt das Eigentum, wenn der Veräußerer wirklich Pfandgläubiger war, nach § 929 Satz 1, weil der Pfandgläubiger kraft seines Pfandrechts das Eigentum nach § 1219 zu übertragen berechtigt ist. Ist die Veräußerung des Pfandes erfolgt, obwohl die Voraussetzungen der Versteigerungsbefugnis nicht vorlagen, so genießt der Erwerber dennoch den Schutz des guten Glaubens, sofern die Sache als Pfand veräußert ist (§ 1244; vgl. M. III S. 812).

3. Abs. 2. Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes sowohl bezüglich der an diesem bestehenden Rechte, insbesondere des Pfandrechts, als auch bezüglich der obligatorischen Pflichten des Pfandgläubigers zur Verwahrung (§ 1215) und Rückgabe (§ 1223). Wegen der mit dem Pfandrecht an Geld für den Verpfänder verknüpften besonderen Gefahren (vgl. namentlich § 935 Abs. 2, § 1006 Abs. 1 Satz 2, § 1007 Abs. 2 Satz 2) ist dem Verpfänder aber das

§. 1220. Die Versteigerung des Pfandes ist erst zulässig, nachdem sie dem Verpfänder angedroht worden ist; die Androhung darf unterbleiben, wenn das Pfand dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist. Im Falle der Werthminderung ist außer der Androhung erforderlich, daß der Pfandgläubiger dem Verpfänder zur Leistung anderweitiger Sicherheit eine angemessene Frist bestimmt hat und diese verstrichen ist.

Der Pfandgläubiger hat den Verpfänder von der Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Die Androhung, die Fristbestimmung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie unthunlich sind.

Recht gegeben, die Hinterlegung des Erlöses zu verlangen. Nichterfüllung der Hinterlegungspflicht macht den Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig. Wegen des Inhalts der Verpflichtung, der Zwangsvollstreckung und des Rechtsverhältnisses trifft das in der Erl. 2a zu § 1217 Bemerkte auch hier zu. Die Kosten der Hinterlegung fallen aber, da letztere hier im Interesse des Verpfänders geschieht, diesem zur Last.

4. **Der Eigentümer des Pfandes als solcher** hat, mag sein Eigentum an dem Pfande fortbestehen oder nicht, niemals den Anspruch auf Hinterlegung des Erlöses.

§ 1220.

E. I § 1157 Abs. 1 Satz 1, 3, 4, Abs. 2; II § 1128 Abs. 2 rev. § 1205; III § 1203. P. I S. 5550 ff., 6244, 6249; M. III S. 812. P. II Bd. 3 S. 457 ff.

1. **Der Abs. 1** fügt der im § 1219 Abs. 1 bestimmten Voraussetzung des Versteigerungsrechts als weitere Voraussetzungen hinzu:

a) sowohl bei drohendem Verderb als auch bei drohender Wertminderung des Pfandes die vorgängige Androhung des Verkaufs (Satz 1 Halbs. 1), die aber nicht erforderlich ist

α) im ersten Falle, wenn mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist (Satz 1 Halbs. 2),

β) in beiden Fällen, wenn sie untunlich ist (Abs. 3);

b) bei drohender Wertminderung außerdem die Bestimmung einer angemessenen Frist für den Verpfänder zur Leistung anderweitiger Sicherheit und Ablauf der bestimmten Frist, ohne daß innerhalb der Frist die Sicherheit geleistet ist (Satz 2). Auch die Fristbestimmung ist aber nicht erforderlich, wenn sie untunlich ist (Abs. 3). Zur Abwendung der Versteigerung genügt es nicht, daß der Verpfänder nur innerhalb der Frist das ihm nach § 1218 Abs. 1 zustehende Recht, Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung zu verlangen, ausübt; vielmehr muß er innerhalb der Frist die anderweitige Sicherheit wirklich geleistet haben.

Für diese Sicherheit muß wie im Falle des § 1218 die Vorschrift gelten, daß die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen ist. Dieser Satz ist zwar im § 1220 Abs. 1 nicht wiederholt; seine Anwendbarkeit auf die hier nachgelassene Sicherheit folgt aber einmal aus der Entstehung des Gesetzes, da der E. I § 1157 ihn gerade nur für diese Sicherheitsleistung aussprach, ohne daß daran sachlich etwas geändert werden sollte, und ferner aus der Erwägung, daß an die Sicherheit, durch welche die dem Pfandgläubiger gewährte Versteigerungsbefugnis ausgeschlossen werden soll, nicht wohl geringere Anforderungen gestellt werden können als an die Sicherheit, durch die der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes erlangen will.

Der E. I gab dem Verpfänder auch im Falle drohenden Verderbes das Recht, den Verkauf durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Der Verpfänder kann auch in diesem Falle ein Interesse an der Abwendung der Versteigerung haben, weil er die Sache auf andere Weise vorteilhafter verwerten kann. Das Erfordernis der Androhung wäre ferner zwecklos, wenn diese dem Verpfänder nicht die Möglichkeit eröffnen sollte, den Verkauf abzuwenden. Der Verpfänder kann nun unzweifelhaft durch Leistung einer dem § 1218 Abs. 1 entsprechenden Sicherheit und Erfordern der Rückgabe des Pfandes den Pfandgläubiger in Verzug versetzen und dadurch zum vollen Schadensersatze für die etwa trotzdem bewirkte Versteigerung verpflichten (§§ 284 ff.). Man wird aber, obwohl dies im § 1220 nicht zum Ausdrucke gelangt ist, annehmen müssen, daß der

§. 1221. Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Pfandgläubiger den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken.

§. 1222. Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen, so haftet jede für die ganze Forderung.

Verpfänder durch rechtzeitige Sicherheitsleistung auch bei drohendem Verderbe des Pfandes dem Pfandgläubiger das Recht zur Versteigerung des Pfandes entzieht (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 1220). Der Unterschied zwischen den Fällen des drohenden Verderbes und der drohenden Wertminderung besteht also nur darin, daß die Bestimmung und Abwartung einer Frist zur Sicherheitsleistung nur im letzteren Falle vorgeschrieben ist.

Abgesehen von dem Abs. 1 Satz 2 (wegen der „angemessenen" Frist s. Bd. II S. 24f. Erl. 2 zu § 250 und gegen die dort unter b vertretene Ansicht RG. 56 S. 231, JW. 1904 S. 172, 1905 S. 17) stimmen die Abs. 1, 3 des § 1220 mit dem § 384 Abs. 1, 3 überein. Vgl. daher Bd. II S. 247f. Erl. 1—3 zu § 384.

Die Bedeutung der zu a und b erörterten Voraussetzungen ist dieselbe wie die der im § 1219 bestimmten Voraussetzung. Ihr Mangel begründet nicht eine Schadensersatzpflicht des Pfandgläubigers bei Verschulden (so Biermann Erl. 2 zu § 1220 mit Berufung auf § 1243 Abs. 2), sondern macht die Versteigerung zu einer unrechtmäßigen und daher, vorbehaltlich des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers nach § 1244, unwirksamen. Dies folgt argumento e contrario aus Abs. 2, sowie aus der Vergleichung mit § 384 (s. auch M. III S. 812 zu § 1157 a. E).

2. Der Abs. 2 entspricht dem § 384 Abs. 2 (Erl. 4 a. a. O.).

Zweck der Benachrichtigungspflicht ist hier insbesondere, dem Verpfänder Gelegenheit zum Erfordern der Hinterlegung des Erlöses (§ 1219 Abs. 2 Satz 2) zu geben.

§ 1221.

E. II rev. § 1206; III § 1204. P. II Bd. 6 S. 166.

Der § 1221 läßt für den nach § 1219 dem Pfandgläubiger gestatteten Verkauf des Pfandes bei börsen- und marktgängigen Sachen dieselbe Erleichterung in betreff der Art des Verkaufs zu wie der fast wörtlich übereinstimmende § 385 für den Verkauf einer geschuldeten Sache durch den Schuldner zwecks Hinterlegung des Erlöses. Die Erl. 2, 3 zu § 385 (Bd. II S. 248) treffen daher auch hier zu. Zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigte Handelsmäkler sind kraft Reichsrechts die Kursmäkler nach § 34 des Börsenges. in der Fassung des EG. z. HGB. Art. 14. Landesrechtliche Bestimmungen über die öffentliche Ermächtigung von Handelsmäklern zu solchen Verkäufen enthalten u. a. Preußen Art. 13, Sachsen AusfV. z. BGB. v. 6. Juli 1899 § 9, Elsaß-Lothringen Ges. v. 6. Nov. 1899 § 39. Zu den zu öffentlichen Versteigerungen befugten Personen gehören außer den schon reichsgesetzlich zuständigen Gerichtsvollziehern und öffentlich angestellten Versteigerern (§ 383 Abs. 3) die Notare u. a. nach dem Preuß. Ges. über d. freiw. Gerichtsbarkeit v. 21. Sept. 1899 Art. 31, dem bayer. Notariatsges. v. 9. Juni 1899 Art. 2, dem sächs. Ges. v. 15. Juni 1900 § 37, dem bad. Rechtspolizeiges. v. 17. Juni 1899 § 49, den mecklenburg. V. z. Ausf. des BGB. für Schwerin § 47, Strelitz § 36.

Für die Voraussetzungen und die Wirkungen des freihändigen Verkaufs nach § 1221 gelten im übrigen die für die Versteigerung maßgebenden Vorschriften der §§ 1219, 1220.

§ 1222.

E. I § 1150 Abs. 1; II § 1129 rev. § 1207; III § 1205. P. I S. 5493ff., 6244, 6249; M. III S. 805. P. II Bd. 3 S. 449.

1. **Die Vorschrift des § 1222 über die Ungeteiltheit der Haftung mehrerer Pfänder** (vgl. § 1132) hat

a) zur Voraussetzung, daß das Pfandrecht an mehreren Sachen besteht, d. h. daß für eine einheitliche Forderung durch ein oder mehrere Rechtsgeschäfte mehrere Sachen verpfändet sind. Die Vorschrift findet also keine Anwendung auf den Fall, daß jedes von mehreren Pfändern nur für einen Teil der zu sichernden Forderung bestellt ist.

§. 1223. Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, das Pfand nach dem Erlöschen des Pfandrechts dem Verpfänder zurückzugeben.

Der Verpfänder kann die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

---

b) Der Inhalt der Vorschrift ist der, daß jedes der Pfänder nicht nur für einen dem Verhältnis ihrer Werte entsprechenden Teil der Forderung, sondern für die ganze Forderung haftet, und zwar für jeden Teil der Forderung und der Nebenansprüche, auf die sich die Pfandhaftung nach § 1210 erstreckt. Daraus folgt u. a., daß der Verpfänder Rückgabe keines der Pfänder verlangen kann, solange der Pfandgläubiger nicht ganz befriedigt ist, mag auch zu seiner Sicherung ein Teil der Pfänder unzweifelhaft ausreichen. Unter mehreren Verpfändern oder Eigentümern der Pfänder kann derjenige, durch welchen oder aus dessen Sache der Pfandgläubiger befriedigt wird, nur aus einem besonderen Verpflichtungsgrunde von den übrigen Ausgleichung verlangen (vgl. Erl. 2 c zu § 1225). Der Umfang der Haftung der einzelnen Pfänder bestimmt sich nach § 1210, kann also, wenn die Pfänder teils vom Schuldner, teils von einem Dritten bestellt sind, nach § 1210 Abs. 1 Satz 2 verschieden sein.

Über die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers bei mehreren Pfändern vgl. § 1230.

2. Der E. I § 1150 Abs. 1 sprach auch **die Ungeteiltheit der Haftung eines Pfandes** (Dernburg, Pandekten I § 277) dahin aus, daß das Pfandrecht an jedem Teile des Pfandes für die ganze Forderung bestehe. Die zweite Kommission hat diesen Satz als entbehrlich und für das Gesetz ungeeignet weggelassen. Über das Fortbestehen des Pfandrechts an getrennten Bestandteilen des Pfandes s. Erl. 1 zu § 1212.

§ 1223.

E. I § 1156 Abs. 1, § 1158 Abs. 1, § 1161; II § 1130 rev. § 1208; III § 1206.
P. I S. 5504 ff., 5519, 5546 ff., 5561 ff., 6244, 6249; M. III S. 811 ff., 815. P. II Bd. 3 S. 454 ff., 459, 461.

1. **Der § 1223 enthält weitere dispositive Vorschriften über das Schuldverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder** (Erl. 1 zu § 1215), und zwar in betreff des Anspruchs des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes.

2. **Nach Abs. 1** entsteht mit dem Erlöschen des Pfandrechts (vgl. über die Fälle des Erlöschens die Vorbm. zu §§ 1252—1256) die Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Rückgabe des Pfandes an den Verpfänder, mag dieser Eigentümer des Pfandes sein oder nicht. Die Rückgabe hat je nach dem Besitzverhältnisse des Pfandgläubigers durch körperliche Übergabe (§ 1205 Abs. 1), Übertragung des mittelbaren Besitzes (§ 1205 Abs. 2) oder Einräumung des Alleinbesitzes (§ 1206) zu erfolgen. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen anderer dem Pfandgläubiger gegen den Verpfänder zustehenden Forderungen, entsprechend dem gemeinrechtlichen sog. pignus Gordianum (Dernburg, Pandekten Bd. I § 279), ist nicht anerkannt (vgl. jedoch HGB. § 369).

3. **Der Abs. 2** vereinigt in sich zwei Bestimmungen:

a) Er gibt dem Verpfänder, auch wenn dieser nicht der persönliche Schuldner ist, das Recht, den Pfandgläubiger zu befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, und entzieht dadurch dem Gläubiger das ihm sonst nach § 267 Abs. 2 zustehende Recht, die Leistung des Verpfänders als die eines Dritten abzulehnen, wenn der Schuldner widerspricht. Vgl. § 1142 und wegen des Zeitpunkts, von dem an der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, den § 271 Abs. 2 nebst Erl. 2 zu § 271 (Bd. II S. 61). Im Falle der Zahlung einer unverzinslichen Schuld vor der Fälligkeit ist der Verpfänder hier, im Gegensatze zu dem Falle des § 1217 Abs. 2, zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen nicht berechtigt (vgl. § 272).

b) Der Abs. 2 stellt ferner klar, daß der Verpfänder Rückgabe Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen kann, nicht also vorzuleisten braucht, um dadurch die Forderung und mit ihr das Pfandrecht zum Erlöschen zu bringen (§ 1252) und demnächst nach § 1223 Abs. 1 die Rückgabe des Pfandes zu verlangen.

Wegen des Annahmeverzugs, des Klageantrags und der Zwangsvollstreckung gilt hier das in der Erl. 3 zu § 1217 Gesagte. Zum E. I § 1158 Abs. 1, der eine der hier fraglichen entsprechende Bestimmung für das Verhältnis des Eigentümers zum Pfandgläubiger enthielt, bemerken die M. III S. 813, es werde durch die Bestimmung die Natur jenes Ver-

§. 1224. Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

§. 1225. Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des §. 774 finden entsprechende Anwendung.

---

hältnisses als eines gegenseitigen Schuldverhältnisses klargestellt; die allgemeine Frage, welche weitere Konsequenzen sich an diese Natur des Schuldverhältnisses knüpfen, sei jedoch, abgesehen von einzelnen Bestimmungen wie der des jetzigen § 298, der Lösung durch Benutzung der zur Heranziehung sich eignenden Vorschriften über die Wirkungen der gegenseitigen Verträge (E. I §§ 364—367) überlassen. Eine entsprechende Anwendung der §§ 320ff. auf das im § 1223 Abs. 2 behandelte Verhältnis des Verpfänders zum Pfandgläubiger erscheint jedoch ausgeschlossen; insbesondere gewährt der § 1223 Abs. 2 dem Verpfänder nicht einen Anspruch auf Rückgabe, dem nur die Einrede der nicht erfolgten Befriedigung entgegensteht, sondern bloß einen Anspruch auf Rückgabe gegen Befriedigung, so daß das Anbieten der Befriedigung zur Begründung des Anspruchs gehört.

4. **Dem persönlichen Schuldner** gewährte der E. I § 1158 Abs. 2 dem Gläubiger gegenüber gegen dessen Befriedigung einen Anspruch auf Rückgabe des Pfandes an den Eigentümer, falls der Schuldner an dieser Rückgabe ein rechtliches Interesse hat. Bei der Hypothek ist im § 1167 ein entsprechender Anspruch anerkannt. Bei dem Pfandrecht erachtete dagegen die zweite Kommission die Gewährung eines gesetzlichen Anspruchs für entbehrlich, weil das Interesse des Schuldners regelmäßig durch die Rückgabeansprüche des Verpfänders und des Eigentümers zur Genüge gewahrt sei und im übrigen dem Schuldner der fragliche Anspruch vertragsmäßig bedungen werden könne.

5. **Der Eigentümer des Pfandes als solcher** kann nach dem Erlöschen des Pfandrechts gemäß § 985 Herausgabe des Pfandes verlangen, falls jedoch der Verpfänder ihm gegenüber zum Besitze berechtigt ist und nur zur Überlassung des Besitzes an den Pfandgläubiger nicht befugt war, nur nach Maßgabe des § 986 Abs. 1 Satz 2.

Das Recht des Eigentümers zur Befriedigung des Pfandgläubigers bestimmt sich nach § 1249.

§ 1224.

E. I § 1163; II § 1131 rev. § 1209; III § 1207. P. I S. 5764; M. III S. 816. P. II Bd. 3 S. 462.

Ist der Verpfänder der persönliche Schuldner, so ist er unter den im § 372 bestimmten Voraussetzungen berechtigt, den geschuldeten Betrag nach Maßgabe der §§ 372ff. mit der Wirkung zu hinterlegen, daß der Gläubiger als zur Zeit der Hinterlegung befriedigt gilt (§ 378). Er kann ferner die Forderung, für die das Pfandrecht besteht, durch Aufrechnung nach Maßgabe der §§ 387ff. zum Erlöschen bringen. Dieselben Rechte gewährt ihm der § 1224 auch für den Fall, daß er nicht persönlicher Schuldner ist (vgl. § 268 Abs. 2, § 1142 Abs. 2, § 1249 Satz 2). Die Vorschrift dient zur Ergänzung sowohl des § 1217 Abs. 2 als auch des § 1223 Abs. 2.

§ 1225.

E. I § 1164; II § 1132 rev. § 1310; III § 1208. P. I S. 5524ff., 5543ff.; M. III S. 816. P. II Bd. 3 S. 462f.

Strohal, DJZ. 1903 S. 373ff., Zur Lehre von Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB.; über dieselbe Frage Martinius, DJZ. 1903 S. 543; Breit, Gruch. 48 S. 283ff.; Lippmann, Bl. f. Rechtspflege in Thüringen 51 S. 180ff.; Bendix, Arch. f. bürg. R. 25 S. 84ff.; Sellner, Recht 1904 S. 477; Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreich. u. deutschem Recht 1904.

1. **Satz 1.** Das im § 1223 Abs. 2 anerkannte Recht des Verpfänders, der nicht persönlicher Schuldner ist, zur Befriedigung des Pfandgläubigers (Erl. 3a zu § 1223) wäre für den Verpfänder von zweifelhaftem Werte, wenn er Erstattung des zur Befriedigung des Gläubigers Geleisteten nur auf Grund eines zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses verlangen könnte. Ein solcher Verpfänder befindet sich bei der

Befriedigung des Gläubigers in der gleichen Lage wie ein Bürge. In Übereinstimmung mit der für den Bürgen geltenden Vorschrift des § 774 Abs. 1 Satz 1 läßt deshalb der § 1225 Satz 1 die Forderung, soweit der Verpfänder den Pfandgläubiger befriedigt, mit der Befriedigung kraft Gesetzes auf ihn übergehen (vgl. Erl. 1, 2 zu § 774). Der Befriedigung stehen auch in dieser Hinsicht die Hinterlegung und die Aufrechnung gleich (§ 1224).

Mit der Forderung geht auch das Pfandrecht auf den Verpfänder über (§ 401 Abs. 1, § 412). Ist der Verpfänder der Eigentümer, so erlischt das Pfandrecht zwar infolge der Vereinigung mit dem Eigentume; jedoch gilt es als nicht erloschen, soweit der Eigentümer an dem Fortbestehen ein rechtliches Interesse hat (§ 1256 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2).

Über die Frage, ob mit der Forderung, wenn für sie eine Hypothek, ein Pfandrecht an der Sache eines anderen oder eine Bürgschaft besteht, auch die Hypothek, das Pfandrecht oder das Recht aus der Bürgschaft auf den Verpfänder übergeht, vgl. Erl. 2c.

2. Nach Satz 2 finden die Vorschriften des § 774 entsprechende Anwendung; d. h., da der dortige Abs. 1 Satz 1 mit Satz 1 des § 1225 übereinstimmt und daher für die entsprechende Anwendung ausscheidet:

a) Der Übergang der Forderung kann nicht zum Nachteile des Pfandgläubigers geltend gemacht werden (§ 774 Abs. 1 Satz 2, vgl. Erl. 3 zu § 774). Das gleiche gilt hier von dem Übergange des Pfandrechts. Der Pfandgläubiger kann also namentlich gegen den auf das Pfandrecht gestützten Herausgabeanspruch des Verpfänders ein ihm dem Schuldner gegenüber zustehendes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht (HGB. §§ 369ff.) geltend machen (vgl. P. II Bd. 3 S. 462).

b) Der Schuldner kann gegen die auf den Verpfänder übergegangene Forderung auch Einwendungen aus einem zwischen ihm und dem Verpfänder bestehenden Rechtsverhältnisse geltend machen (§ 774 Abs. 1 Satz 3, vgl. Erl. 4 zu § 774).

c) Ob auch der § 774 Abs. 2 hier entsprechende Anwendung findet, ist streitig. Die Bedeutung jener Vorschrift ergibt sich aus ihrem Zusammenhange mit § 774 Abs. 1 Satz 1. Nach letzterer Bestimmung in Verbindung mit den §§ 412, 401 würden auf den Bürgen, wenn er den Gläubiger befriedigt, mit der Forderung auch die Rechte gegen einen Mitbürgen übergehen. Mitbürgen haften jedoch nach § 769 als Gesamtschuldner, und nach § 426 Abs. 2 Satz 1 geht daher im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch einen der Mitbürgen die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen nur insoweit auf ihn über, als er von den übrigen Ausgleichung verlangen kann. Diese Beschränkung des Überganges der Forderung gegen einen Mitbürgen bringt der Abs. 2 des § 774 gegenüber der abweichenden Folgerung, die sich aus dem Abs. 1 Satz 1 und den §§ 412, 401 ergeben würde, zur Geltung, indem er ausspricht, daß Mitbürgen einander nur nach § 426 haften. Er besagt nicht etwa, daß Mitbürgen einander nach § 426 haften, ein Satz, der sich schon aus § 769 ergibt, sondern er bedeutet: der aus Abs. 1 Satz 1 und den §§ 412, 401 herzuleitende Übergang des Rechtes des Gläubigers gegen einen Mitbürgen auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, tritt nur nach Maßgabe des § 426, d. h. insoweit ein, als der zahlende Bürge von den Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann. Diese Bedeutung der Vorschrift trat in der Fassung des sachlich gebilligten E. I § 676 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 („die mit der Forderung verbundenen in der Haftung von Mitbürgen bestehenden Nebenrechte gehen jedoch nur nach Maßgabe des § 337 Abs. 2, 3 — denen jetzt § 426 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 entspricht — auf den Bürgen über") noch deutlicher hervor.

Es fragt sich, ob und in welchem Sinne die vorstehend ihrer Bedeutung nach klargestellte Vorschrift des § 774 Abs. 2 auf den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den nicht persönlich haftenden Verpfänder, den sog. Drittverpfänder, entsprechende Anwendung findet.

Nach § 1225 Satz 1 verb. mit §§ 412, 401 gehen auf den Drittverpfänder, der den Gläubiger befriedigt, mit der Forderung etwaige zu ihrer Sicherung bestehende Hypotheken und Pfandrechte auch an Grundstücken bzw. Sachen Dritter sowie Rechte gegen einen Bürgen über. Dieser Satz steht nicht, wie der aus § 774 Abs. 1 Satz 1 und den §§ 412, 401 herzuleitende, mit einer anderweitigen Vorschrift über das Verhältnis zwischen dem Drittverpfänder und einem Dritten, der für die Forderung mit seinem Grundstück oder seiner beweglichen Sache oder als Bürge haftet, in Widerspruch. Die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 kann also nicht, ähnlich wie der § 774 Abs. 2 selbst, dazu dienen, dem sich aus § 1225 Satz 1 und den §§ 412, 401 ergebenden Satze gegenüber eine solche anderweit gegebene Vorschrift zur Geltung zu bringen. Ihre Bedeutung kann vielmehr nur die sein, daß durch sie ein dem § 774 Abs. 2 entsprechender

Rechtssatz erst geschaffen wird. Seinem Inhalte nach würde dieser besagen, daß gewisse Rechte, die dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung gegen Dritte, d. h. nicht entweder gegen den Schuldner oder gegen den Drittverpfänder selbst, zustehen, auf letzteren nur insoweit übergehen, als dieser von dem Dritten Ausgleichung verlangen kann. Von solchen Nebenrechten kommen in Frage Hypotheken an Grundstücken Dritter, Pfandrechte an Sachen Dritter und Rechte gegen Bürgen. Für keines dieser Rechte trifft hier der besondere Grund zu, aus welchem im § 774 Abs. 2 die Beschränkung des Überganges der Nebenrechte gerade in bezug auf das Recht gegen einen Mitbürgen ausgesprochen ist und der darin liegt, daß Mitbürgen als Gesamtschuldner gesetzlich mangels abweichender Vereinbarung einander zur Ausgleichung verpflichtet sind. Denn in einem solchen Verhältnisse steht der Drittverpfänder weder zu einem Dritten, an dessen Grundstück eine Hypothek, noch zu einem Dritten, an dessen Sache ein Pfandrecht für die Forderung besteht, noch endlich zu einem Dritten, der für die Forderung als Bürge haftet. Die entgegengesetzte Ansicht läßt sich weder mit Breit S. 293 aus § 774 Abs. 2, § 1225 Satz 2 noch mit Bendix S. 91f. aus § 426 herleiten. Bezüglich der entsprechenden Anwendung des im § 774 Abs. 2 in bezug auf das Recht gegen einen Mitbürgen ausgesprochenen Satzes bleibt daher nur die Wahl, entweder letzteren hier auf alle vorbezeichneten Nebenrechte (Hypotheken, Pfandrechte, Rechte gegen Bürgen), also nicht etwa nur auf das Verhältnis des Drittverpfänders gegen einen Bürgen (so die früheren Auflagen) oder auf sein Verhältnis zu einem anderen Drittverpfänder (so Martinius, Bendix, Sellner, Koban, wohl auch Breit), entsprechend anzuwenden oder seine entsprechende Anwendung überhaupt für ausgeschlossen zu erachten. Letztere Ansicht würde auf die Annahme hinauslaufen, daß der Abs. 2 des § 774 im § 1225 Satz 2 nur versehentlich mitangeführt sei (so Biermann Erl. 1 zu § 1225; Endemann S. 932 Anm. 12; Kober Erl. 2 zu § 1225; Strohal S. 375 Anm. 1). Indessen spricht gegen diese Annahme bei der auf die Fassung des BGB. verwendeten Sorgfalt hier um so mehr die Vermutung, als in der entsprechenden Vorschrift des § 1143 Abs. 1 die Bezugnahme ausdrücklich auf den § 774 Abs. 1 beschränkt ist. Vor allem aber führt sachlich die Verneinung einer entsprechenden Anwendung des § 774 Abs. 2 zu einem unbefriedigenden Ergebnisse, während die Bejahung eine angemessene Regelung ergibt. Von jenem Standpunkt aus würde man zu der Annahme gelangen, daß auf den Drittverpfänder, der den Gläubiger befriedigt, eine Hypothek an dem Grundstück eines Dritten, ein Pfandrecht an der Sache eines Dritten sowie das Recht gegen einen Bürgen unbeschränkt übergehen; die kraft dieser Rechte in Anspruch genommenen Dritten (der Grundstücks- oder Pfandeigentümer, der Bürge) könnten den Rückgriff des Drittverpfänders auf sie nur insoweit, als letzterer ihnen zur Ausgleichung verpflichtet ist, und nur im Wege der Einwendung abwehren, müßten sich also in Ermangelung einer die Ausgleichungspflicht des Drittverpfänders begründenden Vereinbarung gefallen lassen, daß der letztere die Zahlungslast auf sie bzw. ihre Sache abwälzte. Nach der gegenteiligen Ansicht gehen dagegen alle jene einem Dritten gegenüber bestehenden Nebenrechte von vornherein nur insoweit auf den Drittverpfänder über, als er von dem Dritten Ausgleichung verlangen kann, mithin, da gesetzlich eine Ausgleichungspflicht nicht besteht, nur dann, wenn eine solche durch Vereinbarung begründet ist. Überwiegende Gründe dürften hiernach dafür sprechen, daß der § 774 Abs. 2 hier in dem dargelegten Sinne entsprechende Anwendung findet.

Der den Gläubiger befriedigende Drittverpfänder erwirbt somit zunächst das Recht gegen einen Bürgen insoweit und nur insoweit, als er von diesem infolge Vereinbarung Ersatz verlangen kann. Damit erübrigt sich die von Martinius und Koban gebilligte Ausführung Strohals, der aus § 774 Abs. 1, § 776 ein unentziehbares Recht des Bürgen, durch Befriedigung des Gläubigers mit der Forderung ein für sie etwa bestehendes Pfandrecht zu erwerben, herleitet und aus diesem Rechte weiter folgert, daß der den Gläubiger befriedigende Drittverpfänder nur dann das Recht gegen einen Bürgen erwerbe, wenn diesem für den Fall, daß er seinerseits den Drittverpfänder befriedigt, der Erwerb des Pfandrechts gesichert bleibe. Auf die Bedenken, die gegen die Begründung dieser Ansicht, namentlich gegen die Verwertung des § 776 und des § 1256 Abs. 2, obwalten, braucht daher hier nicht eingegangen zu werden. Nicht minder erledigt sich die noch bedenklichere Ansicht Lippmanns, daß sich die Befreiung des Bürgen mit dem gesetzlichen Übergange der Forderung auf den nicht persönlich haftenden Pfandeigentümer aus § 776 unmittelbar ergebe.

Der den Gläubiger befriedigende Drittverpfänder erwirbt weiter auch die Hypothek an dem Grundstück und das Pfandrecht an der Sache eines Dritten

§. 1226. Die Ersatzansprüche des Verpfänders wegen Veränderungen oder Verschlechterungen des Pfandes sowie die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Vorschriften des §. 558 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

§. 1227. Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigenthume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

---

insoweit und nur insoweit, als er von dem Dritten infolge Vereinbarung Ausgleichung verlangen kann. Dieser Satz folgt unmittelbar aus der entsprechenden Anwendung des § 774 Abs. 2 und braucht daher nicht mit Breit auf einen aus dieser Vorschrift und dem § 1173 herzuleitenden allgemeinen Grundsatz gestützt zu werden.

Aus dem hier fraglichen Rechtssatz, wonach die dem Gläubiger gegen Dritte zustehenden Nebenrechte auf den Drittverpfänder nur beschränkt übergehen, läßt sich aber nicht folgern, daß umgekehrt auch der Bürge, wenn er den Gläubiger befriedigt (§ 774), das Pfandrecht an der Sache und die Hypothek an dem Grundstück eines Dritten und ebenso der nicht persönlich haftende Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks, der den Gläubiger befriedigt (§ 1143), das Recht gegen einen Bürgen und das Pfandrecht an der Sache eines Dritten nur insoweit erwerben, als sie von dem Dritten Ausgleichung verlangen können. Gegen eine solche Beschränkung des Überganges der Nebenrechte spricht, daß sich aus § 774 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 1143 Abs. 1 Satz 1 verb. mit §§ 412, 401 der unbeschränkte Übergang der Nebenrechte ergibt, und daß dieser im Falle des § 774 nur bezüglich des Rechts gegen einen Mitbürgen durch § 774 Abs. 2 beschränkt wird, während der § 1143 ausdrücklich nur den § 774 Abs. 1, nicht dagegen den Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklärt. Man wird daher vollends der noch weiter gehenden Ansicht Breits nicht zustimmen können, daß in den Fällen, in denen eine Forderung infolge Befriedigung des Gläubigers kraft Gesetzes auf den Befriedigenden übergeht (vgl. § 268 Abs. 3 Satz 1, § 426 Abs. 2 Satz 1, § 774 Abs. 1 Satz 1, § 1143 Abs. 1 Satz 1, § 1150, § 1164 Abs. 1 Satz 1, § 1225 Satz 1, § 1607 Abs. 1 Satz 2, § 1709 Abs. 2 Satz 1) der aus den §§ 412, 401 herzuleitende Satz vom gleichzeitigen Übergange der zur Sicherung der Forderung dienenden Nebenrechte für solche Nebenrechte, welche dem Gläubiger nicht gegen den Schuldner oder den ihn Befriedigenden, sondern gegen einen Dritten zustehen, nur insoweit gelte, als der den Gläubiger Befriedigende von dem Dritten Ausgleichung verlangen kann.

3. Für den Fall der Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Eigentümer ist der § 1249 Satz 2 verb. mit § 268 Abs. 3 maßgebend.

§ 1226.

E. II § 1133 rev. § 1211; III § 1209. P. II Bd. 3 S. 460.

Der § 1226 beruht auf demselben Gedanken wie die Vorschriften des §§ 558, 606, 1057 über die Miete, die Leihe und den Nießbrauch (vgl. Erl. zu § 558). Über die Ersatzansprüche des Verpfänders wegen Veränderungen und Verschlechterungen s. Erl. 2 zu § 1215, über die Ersatzansprüche des Pfandgläubigers wegen Verwendungen ꝛc. s. § 1216 und Erl. dazu.

§ 1227.

E. I § 1155; II § 1134 rev. § 1212; III § 1210. P. I S. 5523 ff., 5531 ff., 6244, 6249, 12022; M. III S. 809 f. P. II Bd. 3 S. 454.

Erwin Schultz, Die Pfandansprüche nach § 1227 des BGB. 1903.

Der § 1227 gewährt dem Pfandgläubiger Schutz gegen Beeinträchtigung seines Rechtes nach Maßgabe der entsprechend anwendbaren Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentume. Der Schutz gestaltet sich danach folgendermaßen:

1. Gegen jeden Besitzer des Pfandes hat der Pfandgläubiger infolge seines Rechtes zum Besitze (oben S. 749 Erl. 2b β zu § 1204) **den dinglichen Anspruch auf Herausgabe des Pfandes** gemäß § 985, vorbehaltlich der Einwendungen, die dem Besitzer aus einem Rechte zum Besitze

(§ 986 Abs. 1) oder im Falle der Verpfändung nach § 1205 Abs. 2 gegen den abgetretenen Anspruch (§ 986 Abs. 2) zustehen (vgl. oben S. 305ff.).

Zur Begründung des Anspruchs steht dem Pfandgläubiger nach dem entsprechend anwendbaren § 1006 (oben S. 334 Erl. 3aβ), außer bei Geld und Inhaberpapieren, die Vermutung des Pfandrechts zur Seite, wenn er seinen früheren Besitz und dessen unfreiwilligen Verlust dartut.

Wegen des Besitzes des Gegners gilt das oben S. 300ff. in der Erl. 1b zu § 985 Bemerkte. Der Anspruch kann sich auch gegen den Verpfänder oder den Eigentümer richten; doch muß der Pfandgläubiger in diesen Fällen die Vermutung der seinerseits bewirkten Rückgabe des Pfandes, die das Erlöschen des Pfandrechts zur Folge haben würde, widerlegen, und das gleiche gilt gegenüber einem Dritten, der den Besitz des Pfandes nach der Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder dem Eigentümer erlangt hat (§ 1253).

Bezüglich des Gegenstandes des Herausgabeanspruchs vgl. oben S. 303f. Erl. 2 zu § 985. Hatte der Pfandgläubiger nur mittelbaren Besitz, so kann er, falls der diesen vermittelnde Besitzer den Besitz verliert, sein Besitzrecht aber fortbesteht, nur entsprechend § 869 Satz 2 Wiedereinräumung des Besitzes an den vermittelnden Besitzer verlangen (ebenso Schultz S. 9). Stand dem Pfandgläubiger nur der Mitbesitz des Pfandes zu (§ 1206), so kann er nach dem gleichfalls hier entsprechend anzuwendenden § 1011 Herausgabe nur in Gemäßheit des § 432 verlangen. Bei einer Mehrheit von Pfändern steht der § 1230 der Erstreckung des Herausgabeanspruchs auf alle Pfänder nicht entgegen.

Der Verpfänder und der Eigentümer dürfte gegen den Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers, falls dem Pfandrecht eine seine Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegensteht, auch den für diesen Fall im § 1254 anerkannten Anspruch auf Rückgabe des Pfandes einredeweise geltend machen können (ebenso Schultz S. 52).

2. **Der Pfandgläubiger kann von dem Besitzer Herausgabe von Nutzungen und Schadensersatz nur insoweit verlangen,** als sich ein solches Recht aus der entsprechenden Anwendung der §§ 987—993 ergibt. Der Pfandgläubiger wird danach:

a) Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen nach den §§ 987, 988, § 990 Abs. 1, § 993 nur verlangen können, soweit er berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen (§ 1213), die Herausgabe der Nutzungen auch insoweit, als sich das Pfandrecht auf diese erstreckt (§ 1212);

b) Schadensersatz nach den §§ 989, 990, § 991 Abs. 2, § 992 regelmäßig nur insoweit verlangen können, als durch die Verschlechterung der Sache oder durch die Unmöglichkeit ihrer Herausgabe ihm die Sicherheit entzogen ist, die ihm die Sache ohne die Verschlechterung bieten würde, mithin nicht, wie der Eigentümer Ersatz der Minderung des Wertes oder des ganzen Wertes der Sache, sondern nur Ersatz der Minderung oder Entziehung seiner Sicherheit. Sofern er jedoch seinerseits dem Verpfänder nach § 1215 oder dem Eigentümer nach §§ 989ff. im weiteren Umfange zum Schadensersatze verpflichtet ist, kann er auch von dem Besitzer, falls dies nicht etwa gerade der Verpfänder oder der Eigentümer selbst ist, in demselben Umfange Schadensersatz verlangen (vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1069).

3. Der Besitzer hat auch dem Pfandgläubiger gegenüber **wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen** die in den §§ 994—997, 999—1003 bestimmten Rechte. Dabei kommt für die Anwendung des § 996 nur eine Erhöhung des Verkaufswerts in Betracht (ebenso Windscheid-Kipp S. 1070). Der Verpfänder wird wegen der von ihm als Besitzer gemachten Verwendungen Ersatz überhaupt nicht verlangen können, da der Pfandgläubiger, falls er die gleichen Verwendungen gemacht haben würde, nach § 1216 seinerseits vom Verpfänder Ersatz verlangen könnte. Nur beim Nutzungspfandrechte wird er die Kosten der Gewinnung der Nutzungen und der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache, da sie dem Pfandgläubiger zur Last fallen, erstattet verlangen können, außer wenn er zugleich der persönliche Schuldner und daher verpflichtet ist, den Gegenstand der Befriedigung des Gläubigers, nämlich den Reinertrag der Nutzungen, nicht zu vermindern. Aus demselben Grunde kann der persönliche Schuldner, der nicht Verpfänder ist, für die von ihm als Besitzer gemachten Verwendungen niemals Ersatz verlangen, da er verpflichtet ist, den Gläubiger zu befriedigen, und daher die Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande nicht dadurch beeinträchtigen darf, daß er durch Geltendmachung eines Ersatzanspruchs wegen Verwendungen den Betrag, wegen dessen der Gläubiger aus dem Pfande Befriedigung suchen muß (§ 1210 Abs. 2), erhöht (im Ergebnis übereinstimmend Windscheid-Kipp S. 1070f., Schultz S. 59ff., Biermann Erl. 2c, Kober Erl. 1cβ,γ zu § 1227). Sucht der Besitzer nach

§. 1228. Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf.

Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Theil fällig ist. Besteht der geschuldete Gegenstand nicht in Geld, so ist der Verkauf erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist.

---

§ 1003 wegen seiner Verwendungen Befriedigung aus dem Pfande, so hat der Pfandgläubiger die Stellung eines nachstehenden Pfandgläubigers (ebenso Windscheid-Kipp S. 1071).

4. **Wegen sonstiger Beeinträchtigungen seines Rechtes,** die nicht in der Entziehung oder der Vorenthaltung des Besitzes bestehen, **hat der Pfandgläubiger den negatorischen dinglichen Anspruch** nach Maßgabe des § 1004.

5. Der Pfandgläubiger hat gegen den Besitzer eines Grundstücks, auf welches die Sache gelangt ist, **den Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung** nach § 1005.

6. Dem Pfandgläubiger steht für die Geltendmachung dinglicher und persönlicher Ansprüche **eine Vermutung für das Bestehen seines Pfandrechts** auf Grund gegenwärtigen oder früheren Besitzes nach Maßgabe des entsprechend anzuwendenden § 1006 zur Seite. Dem gegenwärtigen Besitzer kommt diese Vermutung auch gegenüber dem Herausgabeanspruche des Eigentümers zustatten (a. A. Rspr. 10 S. 127; wie hier der Einsender daselbst und Seuff.A. 60 S. 364).

7. **Die Vorschriften des § 1007 über den Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze** finden zugunsten des Pfandgläubigers als früheren Besitzers nicht nur nach § 1227 entsprechende, sondern unmittelbare Anwendung (vgl. namentlich oben S. 339 Erl. 8a zu § 1007).

§ 1228.

E. I § 1165; II § 1135 rev. § 1213; III § 1211. P. I S. 5590 ff., 5636; M. III S. 817 ff. P. II Bd. 3 S. 463. D. S. 675.

Der § 1228 trifft in Ergänzung des § 1204, der das Recht des Gläubigers, aus der Sache wegen der Forderung Befriedigung zu suchen, als den wesentlichen Inhalt des Pfandrechts kennzeichnet, **Bestimmung darüber,** in welcher Weise (Abs. 1) und von welchem Zeitpunkt an (Abs. 2) der Gläubiger Befriedigung aus dem Pfande suchen kann.

1. **Der Abs. 1 besagt,** daß die Art, wie der Pfandgläubiger Befriedigung aus dem Pfande suchen kann, der Verkauf des Pfandes ist. Das Verkaufsrecht kann beim Pfandrechte nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden (vgl. Erl. 1 zu § 1245). Durch den Verkauf wird das Pfand in Geld umgesetzt und in dem Gelderlöse das zur unmittelbaren Befriedigung des Gläubigers notwendige Mittel gewonnen. In welcher Art sich die Befriedigung aus dem Erlöse vollzieht, bestimmt der § 1247. Abgelehnt ist durch Abs. 1 die Befriedigung des Gläubigers durch Verfall des Pfandes. Diese Art der Befriedigung kann nach § 1229 auch nicht vertragsmäßig im voraus ausbedungen werden.

Eine selbstverständliche Ausnahme von der Bestimmung des Abs. 1 besteht in dem Falle, daß Geld Gegenstand des Pfandrechts ist; denn hier bedarf es nicht erst des Verkaufs, um ein unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers geeignetes Mittel zu beschaffen, und ein Verkauf des Pfandes ist ausgeschlossen. Der E. I § 1168 traf für den gedachten Fall besondere Bestimmungen (P. I S. 5602 f., 5606 ff., 6251, 6255; M. III S. 821 f.), die jedoch von der zweiten Kommission gestrichen sind (P. II Bd. 3 S. 467 ff.).

a) Die Vorschrift des E. I § 1168 Abs. 1 Satz 1, daß mit dem Eintritte der im § 1165 Abs. 2 (jetzt § 1228 Abs. 2) bezeichneten Voraussetzungen der Pfandgläubiger, falls er das Geld in seiner Inhabung habe, die Befugnis erlange, sich aus dem Gelde zu befriedigen, wurde von der zweiten Kommission nicht beanstandet, sondern nur als entbehrlich gestrichen. Sie ergibt sich auch ohne weiteres aus dem Inhalte des Pfandrechts als des Rechtes, Befriedigung aus der Sache zu suchen, in Verbindung mit der Eigenschaft des Geldes als des zur Befriedigung des Gläubigers unmittelbar geeigneten Mittels. Daß das Recht des Gläubigers zur Befriedigung aus dem Gelde mit dem Eintritte der im § 1228 Abs. 2 bestimmten Voraussetzungen entsteht, folgt daraus, daß der § 1228 Abs. 2 zwar dem Wortlaute nach nur die Voraussetzungen des Verkaufsrechts, in Wahrheit aber die des Befriedigungsrechts bestimmt (vgl. § 1282 Abs. 1, § 1283 Abs. 2). Die Selbstbefriedigung des Pfandgläubigers aus dem verpfändeten Gelde erfolgt dadurch, daß der Pfandgläubiger die Geldstücke, soweit ihm diese zu seiner Befriedigung gebühren,

sich aneignet. Er überträgt nicht als Vertreter des Verpfänders oder des Eigentümers das Eigentum auf sich, obwohl er auch als bloßer Vertreter die Eigentumsübertragung an sich selbst, da sie ausschließlich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt, nach § 181 vornehmen könnte, sondern er eignet sich die Geldstücke kraft seines, durch das Pfandrecht begründeten, Befriedigungsrechts einseitig an (ebenso Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1022, Kober Erl. 1 zu § 1228). Ist er im unmittelbaren Besitze des Pfandes, so genügt zum Eigentumserwerbe die einseitige Kundgebung des Aneignungswillens. Daß dieser Wille dem Eigentümer des Pfandes erklärt sein müsse, wie der E. I § 1168 Abs. 2 vorschrieb, wird aus allgemeinen Grundsätzen nicht herzuleiten sein (a. A. Haas, Die Sicherstellung durch Übereignung einer Geldsumme S. 41). Ob das verpfändete Geld obligationsmäßiges, d. h. solches ist, welches der Gläubiger nach Gesetz oder Rechtsgeschäft als Zahlung anzunehmen verpflichtet ist, oder nicht, macht für das Recht des Gläubigers, sich selbst zu befriedigen, keinen Unterschied. Gebührt dem Gläubiger ein verpfändetes Geldstück, z. B. ein Tausendmarkschein, nur teilweise zu seiner Befriedigung, so kann er kraft seines Befriedigungsrechts nur das Miteigentum zu einem entsprechenden Bruchteil einseitig erwerben. Zur Erwerbung des Alleineigentums unter der Verpflichtung zur Herauszahlung des Überschusses ist der Gläubiger nur mit Zustimmung des Eigentümers befugt (§ 185).

Das Recht des Gläubigers, sich aus verpfändetem Gelde zu befriedigen, beschränkt sich übrigens nicht, wie nach dem E. I, auf den Fall, daß der Gläubiger unmittelbarer Alleinbesitzer ist. Ist er mittelbarer Alleinbesitzer (§ 1205 Abs. 2), so kann er sich dadurch befriedigen, daß er das Eigentum an dem Gelde sich selbst überträgt, indem er die dazu neben der bereits erfolgten Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931) erforderliche Einigung mit sich selbst abschließt. Im Falle des unmittelbaren oder mittelbaren Mitbesitzes (§ 1206) muß dagegen der Pfandgläubiger erst nach § 1231 sich den Alleinbesitz verschaffen, um sein Recht zur Selbstbefriedigung ausüben zu können.

In der zweiten Kommission wurde von mehreren Seiten die Auffassung für möglich erachtet, daß mit der Verpfändung von Geld eine dinglich bindende Offerte der Eigentumsübertragung seitens des verpfändenden Eigentümers verbunden sei, durch deren Annahme in Verbindung mit der Aneignung der Geldstücke der Pfandgläubiger das Eigentum erwerbe, und daß bei der Verpfändung von obligationsmäßigem Gelde zugleich eine dinglich bindende bedingte Erklärung der Annahme jener Offerte seitens des Pfandgläubigers vorliege (P. II Bd. 3 S. 470). Es erscheint nicht unzweifelhaft, ob einer derartigen aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung nicht das im § 1229 aufgestellte Verbot des Verfallvertrags entgegenstehen würde (ebenso Biermann Erl. 2 zu § 1229, der seinerseits zur Konstruktion des Befriedigungsrechts des Gläubigers einen stillschweigenden Aufrechnungsvertrag unterstellt). Aber auch wenn man annimmt, daß dieses Verbot für den Fall der Verpfändung von Geld ebensowenig gilt wie der § 1228 Abs. 1, so kann doch keinesfalls in der Verpfändung von Geld ohne weiteres immer zugleich eine aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung der gedachten Art gefunden werden; vielmehr wird ein auf diese gerichteter Wille der Beteiligten besonders kundgegeben sein müssen.

b) Die Vorschrift des E. I § 1168 Abs. 1 Satz 2, daß der Eigentümer, falls der Pfandgläubiger das Geld anzunehmen verpflichtet sei, die Befugnis erlange, von dem Pfandgläubiger zu verlangen, daß er sich aus dem Gelde befriedige, hielt die Mehrheit der zweiten Kommission zwar für gerecht und zweckmäßig, strich sie aber, weil sie das Bedürfnis für eine gesetzliche Vorschrift dieses Inhalts verneinte. In der Tat wird es kaum vorkommen, daß der Pfandgläubiger die Annahme verpfändeten obligationsmäßigen Geldes als Zahlung ablehnt, er müßte denn wegen einer anderen Forderung an dem Gelde ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht haben, und in letzterem Falle sollten auch die Bestimmungen des E. I keine Anwendung finden. Leistet, abgesehen von diesem Falle, der Pfandgläubiger dem Verlangen des Eigentümers, daß er sich aus dem Gelde befriedige, keine Folge, so kommt er in Verzug der Annahme (§§ 293 ff.). Der Eigentümer wird dadurch zwar von seiner Verbindlichkeit nicht befreit; die Vorschrift des E. I § 1168 Abs. 2, daß die Befriedigung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen sei, in welchem der Eigentümer dem zur Annahme des Geldes verpflichteten Pfandgläubiger gegenüber, das Verlangen, daß er sich aus dem Gelde befriedige, erklärt, war rein positiver Natur (M. III S. 821). Der Eigentümer kann sich auch nicht durch Aufrechnung befreien; denn er schuldet zwar, wenn anders er überhaupt persönlicher Schuldner ist, dem Gläubiger infolge des Annahmeverzugs nur noch die bestimmten Geldstücke (§ 243 Abs. 2 u. Erl. 4 dazu), der Gegenstand der ihm obliegenden Leistung ist also derselbe wie der Gegenstand des ihm zustehenden Herausgabeanspruchs; er kann diesen aber nicht aufrechnen, weil dem An-

§. 1229. Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig

---

spruche, solange die Forderung des Pfandgläubigers nicht erloschen ist, die Einrede aus dem Pfandrecht entgegensteht (§ 390). Indessen hat der Verzug der Annahme namentlich die Wirkung, daß die Gefahr auf den Pfandgläubiger übergeht (§ 300 Abs. 2). Der Eigentümer erscheint somit auch ohne die Vorschrift des E. I ausreichend gesichert.

2. **Der Abs. 2 bestimmt die Voraussetzungen der Berechtigung zum Verkauf** oder allgemeiner der Befugnis, Befriedigung aus dem Pfande zu suchen, erschöpfend. Ihr Mangel macht den Verkauf zu einem nicht rechtmäßigen (§ 1243 Abs. 1). Es sind folgende:

a) Fälligkeit der Forderung oder eines Teiles derselben. Der Begriff der Fälligkeit ist hier derselbe wie im § 284 (Bd. II S. 90 Erl. 3 zu § 284). Verzug des Schuldners ist nicht erforderlich. Da der Verkauf nach § 1234 soweit tunlich dem Eigentümer vorher anzudrohen ist und in der Androhung, wenn der Eigentümer der persönliche Schuldner ist, zugleich eine Mahnung des Schuldners zu finden sein wird, so werden regelmäßig auch die positiven Voraussetzungen des Verzugs nach § 284 gegeben sein. Die Verkaufsberechtigung wäre aber, falls sie vom Verzug abhängig gemacht würde, solange ausgeschlossen, als die Leistung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unterbleibt (§ 285). Um der damit verbundenen Unsicherheit vorzubeugen, ist von dem Erfordernisse des Verzugs abgesehen.

b) Bei nicht auf Geld gerichteten Forderungen Übergang in eine Geldforderung, weil nur eine solche durch den Verkauf des Pfandes befriedigt werden kann. Die Umwandelung kann die gesetzliche Folge der Nichterfüllung sein (§§ 280, 283, 286 2c.); es genügt, wenn der Gläubiger neben dem Anspruch auf Erfüllung einen Schadensersatzanspruch auf Leistung von Geld erlangt. Die Umwandelung kann aber auch auf Vereinbarung, z. B. auf dem Versprechen einer Vertragsstrafe (§§ 339 ff.), beruhen.

c) Nicht erforderlich ist die Feststellung der Voraussetzungen der Verkaufsberechtigung durch einen vollstreckbaren Titel oder durch eine gerichtliche Verkaufsermächtigung (wegen des früheren Rechtes vgl. M. III S. 818 Anm. 1—4). Auch die zweite Kommission hat sich gegen die Aufstellung des einen oder anderen dieser Erfordernisse entschieden (P. II Bd. 3 S. 470 ff.). Zum Schutze des Eigentümers gegen unrechtmäßigen Verkauf des Pfandes dient die Vorschrift, daß der Verkauf erst nach Androhung und Ablauf einer geräumigen Frist zur Geltendmachung des Widerspruchs des Eigentümers erfolgen darf (§ 1234).

3. **Eine Verpflichtung des Pfandgläubigers, seine Befriedigung aus dem Pfande zu suchen,** besteht nicht. Jedoch kann:

a) wenn der Gläubiger, obwohl er das Pfand im Besitze hat, die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners betreibt, dieser, sofern er Eigentümer des Pfandes ist, der Zwangsvollstreckung insoweit widersprechen, als die Forderung und, wenn dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht in Ansehung der Sache noch für eine andere Forderung zusteht, auch letztere durch den Wert der Sache gedeckt ist (**beneficium excussionis realis**; CPO. § 777, P. II Bd. 3 S. 463 f.; D. z. Ges. betr. Änderungen der der CPO. S. 117; s. darüber Boß, Z. f. ZP. 26 S. 457 ff.);

b) im Konkurse des Schuldners und Pfandeigentümers das Konkursgericht auf Antrag des Verwalters dem Pfandgläubiger eine Frist zur Verwertung des Pfandes bestimmen, nach deren Ablaufe der Verwalter die Verwertung seinerseits nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf (s. über die Anwendbarkeit des § 1246 RG. 24 S. A 1) betreiben und der Pfandgläubiger nur noch seine Rechte auf den Erlös geltend machen kann (KO. § 127).

c) Ein Bürge hat die Einrede der Vorausklage, solange der Gläubiger nicht aus einer ihm verpfändeten Sache des Hauptschuldners Befriedigung gesucht hat (§ 771, § 772 Abs. 2).

4. Das gemeinrechtliche **beneficium excussionis personalis** im Falle der Pfandbestellung für fremde Schuld (Dernburg, Pandekten I § 284 unter 5e) kennt das BGB. nicht

§ 1229.

E. I § 1167; II § 1136 rev. § 1214; III § 1212. P. I S. 5001 ff., 6264, 6268, 6270, 6273; M. III S. 820 f. P. II Bd. 3 S. 467.

Der § 1229 verbietet, entsprechend der für die Hypothek geltenden Vorschrift des § 1149, **zum Schutze des Schuldners zwei Rechtsgeschäfte,** die ihrer Natur nach leicht zur Bedrückung

befriedigt wird, das Eigenthum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig.

§. 1230. Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen. Er kann nur so viele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind.

---

eines unvorsichtigen oder in einer Notlage befindlichen Schuldners dienen können, und erklärt sie in Übereinstimmung mit der Regel des § 134 für nichtig. Es sind dies:

1. **der dingliche Verfallvertrag** (lex commissoria), d. i. die vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung (§ 1228 Abs. 2) zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger getroffene Vereinbarung, daß im Falle nicht oder nicht rechtzeitig erfolgter Befriedigung des Gläubigers diesem das Eigentum an dem Pfande zufallen solle. Eine solche Vereinbarung stellt sich rechtlich als die aufschiebend bedingte Einigung über die Übertragung des Eigentums dar. Sie wäre daher an sich rechtlich wirksam (oben S. 224 Erl. 5 zu § 929). Wegen der Gefährlichkeit für den Schuldner war sie aber schon im römischen Rechte (l. 3 Cod. de pact. pign. 8,35) und ebenso in den neueren Gesetzgebungen (M. III S. 820 Anm. 1) verboten, und dieses Verbot wurde auch als durch das Bundesges. betr. die vertragsmäßigen Zinsen, v. 14. November 1867 nicht beseitigt erachtet (RG. 2 S. 334, 4 S. 51). Dieser Rechtszustand ist im § 1229 aufrecht erhalten.

Auch wenn die hier fragliche Vereinbarung mit der Maßgabe getroffen wird, daß das Eigentum dem Pfandgläubiger zum Börsen- oder Marktpreise zufallen solle, ist sie nichtig.

Nicht unter das Verbot des § 1229 fällt dagegen:

a) die nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher der Gläubiger an Stelle der ihm geschuldeten Leistung die Übertragung des Eigentums an dem Pfande an Erfüllungsstatt annimmt (§ 364 Abs. 1), doch kann eine solche Vereinbarung unter Umständen nach § 138 nichtig sein;

b) die Eigentumsübertragung unter der auflösenden Bedingung der Nichtbewirkung der Gegenleistung, und zwar auch dann, wenn bei einer durch constitutum possessorium erfolgenden Veräußerung dem Veräußerer gemäß § 1205 Abs. 1 Satz 2 ein Pfandrecht für die Gegenleistung bestellt ist; in diesem Falle geht die Vereinbarung nicht dahin, daß das Eigentum dem Pfandgläubiger zufallen, sondern dahin, daß es an ihn als den Veräußerer zurückfallen soll (vgl. Erl. 2 zu § 455).

2. **der obligatorische Verfallvertrag**, der nicht auf die unmittelbare dingliche Übertragung des Eigentums an den Pfandgläubiger, sondern darauf gerichtet ist, daß der Verpfänder bei nicht oder nicht rechtzeitig bewirkter Befriedigung zu solcher Eigentumsübertragung verpflichtet sein soll. Diese Vereinbarung würde sich als ein nach allgemeinen Grundsätzen wirksamer aufschiebend bedingter Verkauf des Pfandes darstellen, bei dem sich der Kaufpreis nach dem Betrage der Forderung und der Nebenansprüche, für die das Pfand haftet, bestimmen würde. Das Verbot dieser Vereinbarung bezweckt, einer Umgehung des Verbots des dinglichen Verfallvertrags vorzubeugen.

Nicht unter das Verbot des § 1229 fällt dagegen

a) ein nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgender Verkauf des Pfandes an den Pfandgläubiger zu einem in der bezeichneten Weise bestimmten Kaufpreis, unbeschadet der Nichtigkeit des Verkaufs unter den Voraussetzungen des § 138;

b) die bei der unbedingten Veräußerung einer Sache zugunsten des Veräußerers getroffene Vereinbarung, daß dieser wegen Nichtbewirkung der Gegenleistung die Rückübertragung des Eigentums solle verlangen können, und zwar auch dann, wenn der Veräußerer durch Bestellung eines Pfandrechts für ihn zugleich Pfandgläubiger geworden ist.

§ 1230.

E. I § 1176; II § 1137 rev. § 1215; III § 1213. P. I S. 5493 ff., 5610, 5614, 5617, 5636 f., 6251, 6256; M. III S. 828. P. II Bd. 3 S. 479.

1. **Satz 1.** Aus dem Grundsatze der ungeteilten Haftung mehrerer Pfänder (§ 1222) folgt das Recht des Pfandgläubigers, aus jedem der Pfänder Befriedigung zu suchen. Dem entspricht

§. 1231. Ist der Pfandgläubiger nicht im Alleinbesitze des Pfandes, so kann er nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs fordern. Auf Verlangen des Verpfänders hat an Stelle der Herausgabe die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer zu erfolgen; der Verwahrer hat sich bei der Ablieferung zu verpflichten, das Pfand zum Verkaufe bereitzustellen.

---

die Regel des Satz 1, daß, wenn zur Befriedigung des Gläubigers nicht der Verkauf sämtlicher Pfänder erforderlich ist, die Auswahl der zu verkaufenden Pfänder dem Gläubiger zusteht (vgl. § 1132 Abs. 1 Satz 2). Läßt sich nicht im voraus übersehen, ob der Verkauf einzelner Pfänder zur Befriedigung ausreichen wird, so kann der Gläubiger dem mit der Ausführung des Verkaufs Beauftragten entweder die Reihenfolge, in der der Verkauf der Pfänder zu bewirken ist, vorschreiben oder sie seiner Bestimmung überlassen.

Die Regel läßt aber abweichenden Vereinbarungen zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger Raum, sei es daß die Reihenfolge des Verkaufs von vornherein bestimmt, sei es daß die Auswahl dem Verpfänder vorbehalten wird. Verstößt der Verkauf eines der Pfänder gegen eine derartige Vereinbarung, so ist der Pfandgläubiger, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, schadensersatzpflichtig (§ 1243 Abs. 2).

2. **Satz 2.** Sobald der Pfandgläubiger aus einem oder mehreren der Pfänder befriedigt ist, erlischt das Pfandrecht an den übrigen Pfändern (§ 1252; vgl. § 1181 Abs. 2) und damit auch das Recht des Pfandgläubigers, diese Pfänder zum Zwecke seiner Befriedigung zu verkaufen. Demgemäß wird der Pfandgläubiger durch Satz 2 nicht nur obligatorisch verpflichtet, sich des Verkaufs von Pfändern, die zu seiner Befriedigung nicht mehr erforderlich sind, zu enthalten, sondern sein Verkaufsrecht wird mit dinglicher Wirkung auf die zu seiner Befriedigung erforderlichen Pfänder beschränkt (vgl. CPO. § 803 Abs. 1 Satz 2, § 818). Bringt er also, nachdem bereits durch den Verkauf einzelner Pfänder ein zu seiner Befriedigung ausreichender Erlös erzielt ist, noch weitere Pfänder zum Verkauf, so ist deren Veräußerung nach § 1243 Abs. 1 unrechtmäßig und daher, vorbehaltlich des Schutzes des guten Glaubens des Erwerbers nach § 1244, unwirksam. Das gleiche muß aber auch gelten, wenn der Pfandgläubiger von vornherein mehr Pfänder, als zu seiner Befriedigung erforderlich, zusammen verkauft, es sei denn, daß zuvor durch Einzelausgebot die Unzulänglichkeit der dadurch zu erzielenden Erlöse festgestellt ist (ebenso Dernburg Bd. 3 S. 799 § 270 Nr. 5; vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1084; a. A. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 535).

§ 1231.

E. II § 1138 rev. § 1216; III § 1214. M. I S. 5590 ff., 5636; M. III S. 818. P. II Bd. 3 S. 463.

Meikel, Recht 1903 S. 197 ff.

1. **Zweck und Bedeutung.** Der Pfandgläubiger ist nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung nur dann tatsächlich in der Lage, den Verkauf herbeizuführen, wenn er zu dieser Zeit im Alleinbesitze des Pfandes ist, weil er nur dann den Verkauf durch Eigentumsübertragung vollziehen kann, sei es, falls er unmittelbarer Alleinbesitzer des Pfandes ist, mittels Übergabe oder Besitzkonstituts, sei es, falls er mittelbarer Alleinbesitzer des Pfandes ist, mittels Abtretung des Herausgabeanspruchs.

Ist der Pfandgläubiger dagegen nur neben dem Verpfänder Mitbesitzer des Pfandes (§ 1206), so darf der Mitbesitz des Verpfänders der Ausübung des Verkaufsrechts nicht im Wege stehen. Zur Beseitigung dieses Hindernisses dient der im § 1231 anerkannte Anspruch. Rechtlich stellt sich letzterer als ein eigentümlich gestalteter dinglicher Anspruch aus dem Pfandrechte gegen einen Mitbesitzer auf Einräumung des Alleinbesitzes dar (§§ 1227, 985), nicht als Anspruch aus dem Schuldverhältnisse zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger. Die zweite Kommission hat, im Gegensatze zum E. I, es zur Vermeidung von Zweifeln für zweckmäßig gehalten, den Anspruch besonders zu regeln.

2. **Voraussetzung des Anspruchs** ist:

a) daß der Pfandgläubiger nicht im Alleinbesitze des Pfandes ist, mag der ihm neben dem Verpfänder zustehende Mitbesitz ein unmittelbarer oder ein mittelbarer sein (unrichtig Meikel und Kober Erl. 1a zu § 1231, die den § 1231 nur bei unmittelbarem Mitbesitz für

§. 1232. Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, einem ihm im Range nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben.

---

anwendbar halten, aber übersehen, daß im Falle des mittelbaren Mitbesitzes der im § 1231 anerkannte Anspruch nicht gegen den unmittelbaren Besitzer, sondern gegen den Verpfänder als mittelbaren Mitbesitzer geht). Nicht hierher gehört der Fall, daß mehrere eine Sache als Pfandgläubiger gemeinschaftlich besitzen. In diesem Falle können die Pfandgläubiger das Verkaufsrecht nur gemeinschaftlich ausüben (§ 747 Satz 2) und sind nach § 754 Satz 2 einander verpflichtet, zur gemeinschaftlichen Ausübung mitzuwirken, da es sich bei dem Verkaufe des Pfandes um die Einziehung der gemeinschaftlichen Forderung handelt;

b) daß die Verkaufsberechtigung nach § 1228 Abs. 2 eingetreten ist. Dies insbesondere die Fälligkeit der Forderung, hat der Pfandgläubiger zu beweisen; Sache des Beklagten ist es aber, die etwa gegen die Forderung bestehenden Einreden (vgl. § 1211) geltend zu machen und zu beweisen. Die Verkaufsberechtigung muß also hier ausnahmsweise durch Urteil festgestellt werden; inwieweit das Urteil als ein vollstreckbarer Titel für das Recht des Pfandgläubigers zum Verkauf im Sinne des § 1233 Abs. 2 anzusehen ist, ergibt sich aus dem in der Erl. 2a α zu § 1233 Bemerkten.

3. **Gegenstand des Anspruchs** ist die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs. Durch die letzteren Worte wird nur der Zweck der Herausgabe ausdrücklich hervorgehoben, nicht dagegen der Inhalt des Herausgabeanspruchs beschränkt. Die Worte bedeuten also nicht etwa, daß der Pfandgläubiger nur Herausgabe des Pfandes an eine zur Ausführung des Verkaufs nach § 1235, § 383 Abs. 3 Satz 1 befugte Person verlangen könne, ähnlich etwa wie der Nachlaßgläubiger nach § 1973 Abs. 2 Satz 1 nur Herausgabe zum Zwecke seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung fordern kann. Der Anspruch des Pfandgläubigers nach § 1231 geht vielmehr, wie der zugrunde liegende Antrag auch aussprach, auf Herausgabe des Pfandes, d. h. auf Einräumung des unmittelbaren oder mittelbaren Alleinbesitzes, an ihn selbst.

Durch **Satz 2 Halbs. 1** wird jedoch dem Verpfänder die Befugnis eingeräumt, zu verlangen, daß die Herausgabe an den Pfandgläubiger durch die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer ersetzt wird. Durch die Geltendmachung dieser Befugnis des Verpfänders im Rechtsstreit über die Herausgabe wird der klagende Pfandgläubiger genötigt, den Klagantrag dahin zu ändern, daß er statt der Herausgabe die Ablieferung an den gemeinschaftlichen Verwahrer fordert (CPO. § 268 Nr. 3), widrigenfalls die Klage abzuweisen, nicht aber etwa gegen den Klagantrag auf Ablieferung an einen Verwahrer zu erkennen ist (CPO. § 302 Abs. 1). Der Verwahrer muß im Urteile bestimmt werden, da zur nachträglichen Bestimmung des Verwahrers hier weder, wie im Falle des § 1217 Abs. 1, das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit noch auch mangels einer gesetzlichen Ermächtigung das Vollstreckungsgericht (CPO. § 764) zuständig ist (a. A. Biermann, der es für zulässig hält, daß die Bestellung des Verwahrers dem Vollstreckungsgericht überlassen wird), das Urteil also ohne die darin getroffene Bestimmung des Verwahrers nicht vollstreckbar sein würde. Sind die Parteien über die Person des Verwahrers einig, so ist die Einigung für das Gericht maßgebend; andernfalls hat dies über die Tauglichkeit des vom Verpfänder vorgeschlagenen Verwahrers zu entscheiden. Da nach **Halbs. 2** die Ablieferung des Pfandes an den Verwahrer nur gegen dessen Verpflichtung, das Pfand zum Verkaufe bereitzustellen, erfolgen darf, so wird nur eine zur Übernahme dieser Verpflichtung bereite Person zum Verwahrer zu bestimmen sein. In Betracht kommen werden besonders die zur Versteigerung befugten Personen (Gerichtsvollzieher 2c.).

Ist der Verpfänder zur Herausgabe des Pfandes an den Pfandgläubiger verurteilt, so kann er in der Zwangsvollstreckungsinstanz die ihm nach Satz 2 Halbs. 1 zustehende Befugnis nicht mehr geltend machen (CPO. § 767).

4. **Der Anspruch richtet sich** lediglich gegen den Verpfänder als Mitbesitzer. Eine Einrede aus dem Rechte zum Besitze kommt daher nicht in Frage (irrig Meikel, Kober).

§ 1232.

E. I § 1166; II § 1139 rev. § 1217; III § 1215. P. I S. 5591, 5594 ff., 6251, 6255; M. III S. 819 f. P. II Bd. 3 S. 466 ff.

1. **Der § 1232 trifft Bestimmungen** über das Verkaufsrecht eines im Range nachstehenden Pfandgläubigers im Verhältnisse zu einem vorgehenden Pfand-

Ist er nicht im Besitze des Pfandes, so kann er, sofern er nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen.

---

gläubiger, und zwar im Satz 1 für den Fall, daß der im Range vorgehende, im Satz 2 für den Fall, daß der im Range nachstehende Pfandgläubiger das Pfand im unmittelbaren oder mittelbaren Besitze hat.

2. **Satz 1.** Auch ein im Range nachstehendes Pfandrecht begründet das Recht auf Befriedigung aus dem Pfande durch Verkauf. Ist der nachstehende Pfandgläubiger aber nicht im Besitze des Pfandes, so muß er sich, um den Verkauf des Pfandes herbeiführen zu können, erst den Besitz verschaffen. Aus der gesetzlichen Anerkennung seines Verkaufsrechts könnte gefolgert werden, daß er auch einem im Besitze befindlichen vorgehenden Pfandgläubiger gegenüber berechtigt sein müsse, die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs zu verlangen. Die Unrichtigkeit dieser Folgerung läßt sich zwar schon aus § 1227 verb. mit § 986 Abs. 1 herleiten; denn der vorgehende Pfandgläubiger ist vermöge des Vorranges seines Rechtes auch dem nachstehenden Pfandgläubiger gegenüber zum Besitze des Pfandes berechtigt, kann also nach den angeführten Vorschriften die Herausgabe verweigern. Zur Vermeidung von Zweifeln spricht jedoch Satz 1 die Unzulässigkeit des Herausgabeanspruchs besonders aus. Der nachstehende Pfandgläubiger kann also, solange das Pfand im Besitze des vorgehenden Gläubigers ist, den Verkauf nicht selbst herbeiführen. Erfolgt der Verkauf auf Betreiben des vorgehenden Gläubigers, so kann der nachstehende Pfandgläubiger sich dem Verfahren anschließen, indem er den vom ersten Gläubiger mit dem Verkaufe Beauftragten auch seinerseits Auftrag gibt; in diesem Falle gilt auch für ihn die Vorschrift des § 1247 Satz 1. Er kann aber auch lediglich sein Pfandrecht an dem nach Befriedigung des ersten Gläubigers übrig bleibenden Erlöse (§ 1247 Satz 2) geltend machen. Dazu kommt für ihn die Möglichkeit, den ersten Gläubiger zu befriedigen (§ 1249 Satz 1), dadurch dessen Forderung und Pfandrecht zu erwerben (§ 1249 Satz 2, § 268 Abs. 3) und dann wegen beider Forderungen den Verkauf zu betreiben, nötigenfalls nach Durchführung des nunmehr zulässigen Herausgabeanspruchs gegen den ersten Gläubiger.

3. **Satz 2.** Ist der nachstehende Pfandgläubiger im Besitze des Pfandes, so ist er auch tatsächlich in der Lage, sein Verkaufsrecht auszuüben. Es fragt sich aber, ob der vorgehende Gläubiger ihn nicht kraft des Vorranges seines Rechtes daran hindern kann. Diese Frage entscheidet Satz 2 dahin:

a) Der vorgehende Pfandgläubiger ist unter den Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 berechtigt, den Verkauf selbst zu betreiben, also auch von dem nachstehenden Pfandgläubiger Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs zu verlangen. Die Rechtslage des nachstehenden Gläubigers gestaltet sich dann ebenso, wie es unter 2 dargelegt ist.

b) Kann oder will der vorgehende Pfandgläubiger nicht den Verkauf selbst betreiben, so kann er dem Verkaufe durch den nachstehenden Gläubiger nicht widersprechen. Ein etwaiger Widerspruch ist also ohne Wirkung, entzieht namentlich dem nachstehenden Gläubiger nicht die Berechtigung zum Verkaufe. Der Erlös aus dem Verkaufe gebührt aber dem betreibenden Pfandgläubiger nur, soweit er nicht zur Befriedigung des vorgehenden Gläubigers erforderlich ist; soweit er hierzu erforderlich ist, erlangt der vorgehende Pfandgläubiger das Pfandrecht an ihm (§ 1247).

4. **Mehrere im Range gleichstehende Pfandgläubiger** werden regelmäßig das Pfand im unmittelbaren oder mittelbaren gemeinschaftlichen Besitze haben. Jeder von ihnen kann dann nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung den Verkauf betreiben, ohne daß der andere dem Verkaufe widersprechen kann; jeder kann ferner, sofern der Mitbesitz des anderen der Ausführung des Verkaufs tatsächlich entgegensteht, von dem anderen Beseitigung des Hindernisses verlangen. Ist nur einer der Pfandgläubiger im Besitze des Pfandes, so hat, falls er nach dem Eintritte seiner Verkaufsberechtigung den Verkauf betreibt, der andere kein Widerspruchsrecht (arg. § 1232 Satz 2); der andere kann aber, falls auch er den Verkauf betreiben kann und will, Einräumung des Mitbesitzes zum Zwecke gemeinschaftlicher Ausführung des Verkaufs verlangen (ebenso Biermann, Schulz S. 54). Kann oder will der im Besitze befindliche Pfandgläubiger den Verkauf nicht selbst betreiben, so kann der nicht im Besitze befindliche Pfandgläubiger, der seinerseits das Pfand verkaufen kann und will, von ihm Herausgabe des Pfandes verlangen (arg. § 1232 Satz 1, der die Herausgabepflicht nur gegenüber einem nachfolgenden Pfandgläubiger verneint).

§. 1233. Der Verkauf des Pfandes ist nach den Vorschriften der §§. 1234 bis 1240 zu bewirken.

Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigenthümer erlangt, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen.

---

§ 1233.

E. I § 1169; II § 1140 rev. § 1218; III § 1216. M. I S. 5608 ff., 5629 f., 6186; M. III S. 822 f. P. II Bd. 3 S. 474 ff.

1. **Der Abs. 1** leitet die Vorschriften über die Ausführung des Pfandverkaufs ein und stellt klar, daß der Pfandgläubiger den Verkauf regelmäßig nur nach den Vorschriften der §§ 1234—1240 bewirken darf. Ausnahmen von dieser Regel ergeben sich aus dem Abs. 2 des § 1233 und aus den §§ 1245, 1246.

Die rechtliche Bedeutung der in den §§ 1234—1240 gegebenen Vorschriften ist verschieden, indem teils von ihrer Beobachtung die Rechtmäßigkeit der Veräußerung des Pfandes und folgeweise die dingliche Wirksamkeit der Veräußerung dem Erwerber gegenüber abhängt, soweit dieser nicht den Schutz des guten Glaubens nach § 1244 genießt, teils ihre Verletzung nur eine Schadensersatzpflicht des Pfandgläubigers im Falle des Verschuldens begründet (vgl. § 1243). Jene Vorschriften enthalten somit zum Teil dingliche, zum Teil nur obligatorische Beschränkungen des Verkaufsrechts des Pfandgläubigers, durch die zusammen der Eigentümer des Pfandes geschützt werden soll.

Verkäufer ist beim Pfandverkaufe der Pfandgläubiger. Dieser ist nach dem Inhalte des Pfandrechts gesetzlich ermächtigt, das Pfand durch eine dazu befugte Person für Rechnung des Eigentümers verkaufen zu lassen (vgl. § 457). Er verkauft, auch wenn er den Eigentümer dabei nennen läßt, nicht als dessen Vertreter in dessen Namen, sondern kraft eigenen Rechtes im eigenen Namen. Er wird als der Verkäufer berechtigt und verpflichtet. Zur Erfüllung der Pflicht zur Verschaffung des Eigentums wird er durch das Pfandrecht befähigt (§ 1242 Abs. 1). Rechte Dritter am Pfande erlöschen regelmäßig nach § 4242 Abs. 2; soweit dies nicht der Fall ist, hat der Pfandgläubiger für sie nach den §§ 434, 439, 440, 442, 443 dem Käufer des Pfandes Gewähr zu leisten. Wegen Mängel der Sache hat der Pfandgläubiger nach § 461 nicht Gewähr zu leisten, wenn der Pfandverkauf in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung der Sache als Pfand erfolgt; andernfalls bestimmt sich die Haftung des Pfandgläubigers wegen Mängel nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 459 ff.).

2. **Der Abs. 2** gestattet dem Pfandgläubiger ausnahmsweise eine vom Abs. 1 abweichende Art des Pfandverkaufs.

a) Voraussetzung der Ausnahmevorschrift ist, daß der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt hat. Dazu ist erforderlich:

α) daß der Titel, sei dies ein Urteil oder ein Vergleich (CPO. § 794 Nr. 1, 2), gegen den Eigentümer erwirkt ist. Zweifelhaft ist, ob dem Pfandgläubiger hierbei die Regel des § 1248 zustatten kommt und ob daraus gefolgert werden kann, daß ein gegen den Verpfänder erwirkter Titel genügt, wenn der Pfandgläubiger nicht weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob man die Vorschrift des § 1233 Abs. 2 zu den Vorschriften über den Verkauf des Pfandes rechnen muß. Überwiegende Gründe dürften dafür sprechen. Ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag, der allgemein einen gegen den Verpfänder erlangten Titel genügen lassen wollte, wurde abgelehnt und ebenso der Vorschlag, einem gegen den Verpfänder erwirkten rechtskräftigen Urteile dann Wirksamkeit dem Eigentümer gegenüber beizulegen, wenn der Pfandgläubiger bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit den Mangel des Eigentums des Verpfänders nicht gekannt habe (P. II Bd. 3 S. 493). Hieraus ergibt sich, daß für die Kenntnis des Pfandgläubigers davon, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist, nicht der Zeitpunkt maßgebend ist, in welchem der Prozeß rechtshängig wurde. Ebensowenig wird es genügen können, daß der Pfandgläubiger diese Kenntnis zu der Zeit nicht hatte, in welcher das Urteil erging oder vollstreckbar wurde. Vielmehr wird als entscheidend der Zeitpunkt angesehen werden müssen, in welchem der Verkauf des Pfandes auf Grund des vollstreckbaren Titels erfolgt; jedoch wird es vielleicht als genügend angesehen werden können, wenn der Pfandgläubiger die Kenntnis in demjenigen Zeitpunkt nicht hatte, in welchem er dem Gerichtsvollzieher auf Grund des vollstreckbaren Titels den Auftrag

zur Vornahme des Verkaufs erteilte (a. A. Biermann Erl. 2a zu § 1233; Endemann Bd. 2 S. 925 § 139 Anm. 23; Gierke Sachenrecht S. 988 Anm. 88; Matthiaß § 70 S. 197 Anm. 1; für Anwendbarkeit des § 1248 Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 526; Kober Erl. 2 zu § 1248; Neumann Erl. 3 zu § 1248).

β) daß der Pfandgläubiger den Titel für sein Recht zum Verkauf erlangt hat. Ein Titel für die persönliche Forderung des Gläubigers gegen den Eigentümer als persönlichen Schuldner genügt dazu nicht; auf Grund eines solchen Titels kann der Gläubiger zwar die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners und somit auch in das Pfand betreiben, der Verkauf erfolgt dann aber nicht auf Grund des Pfandrechts, sondern auf Grund der Pfändung. Erforderlich ist hier vielmehr, wie der E. I sagte, ein Titel über die Verpflichtung des Eigentümers, den Verkauf zu gestatten, d. h. über die in dem dinglichen Rechte begründete Verpflichtung des Eigentümers zur Duldung des Pfandverkaufs. Es fragt sich, inwieweit der Pfandgläubiger einen solchen Titel zu erlangen in der Lage ist.

Durch die Klage auf Feststellung der Verpflichtung des Eigentümers, den Verkauf zu dulden, kann der Pfandgläubiger, auch wenn die Voraussetzungen der Feststellungsklage vorliegen, einen vollstreckbaren Titel nicht erlangen. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Pfandgläubiger aber auf Gestattung des Verkaufs klagen kann, ist zweifelhaft. Das Pfandrecht begründet nach § 1204 für den Pfandgläubiger das Recht, Befriedigung aus dem Pfande zu suchen. Der Eigentümer der verpfändeten Sache ist also verpflichtet, die Befriedigung aus der Sache zu dulden. Die Verpflichtung zur Duldung ist an sich nur die Verpflichtung zu einem passiven Verhalten gegenüber einem Vorgehen des Berechtigten. Nach § 1227 in Verbindung mit § 1004 finden im Falle einer Beeinträchtigung des Rechtes des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Solange der Eigentümer sich passiv verhält, scheint also ein Grund für eine Klage des Pfandgläubigers gegen ihn nicht vorzuliegen. Selbst in einem wörtlichem Bestreiten des Rechtes des Pfandgläubigers zum Verkaufe wird man nicht oder doch nicht immer eine Beeinträchtigung des Rechtes des Pfandgläubigers zum Verkauf erblicken können. Ist der Eigentümer im Besitz oder im Mitbesitze des Pfandes, so kann der Pfandgläubiger zwar auf Herausgabe klagen, aber das in einem solchen Prozeß ergehende Urteil stellt nur die Verpflichtung zur Herausgabe, nicht zur Duldung des Verkaufs fest. Hieraus würde sich ergeben, daß der Pfandgläubiger ein vollstreckbares Urteil auf Duldung des Verkaufs gegen den Pfandgläubiger überhaupt nicht oder doch dann nicht erlangen könnte, wenn der Eigentümer dem Verkaufe nicht widerspricht. Dieses Ergebnis dürfte jedoch der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen. Vielmehr erscheint folgende Auffassung richtiger: In allen Fällen, in welchen jemand die Befriedignng eines Berechtigten aus einem Gegenstand, an dem diesem ein Recht zusteht, zu dulden verpflichtet ist, der Berechtigte aber die Befriedigung aus dem Gegenstande nur auf Grund eines die Duldungspflicht feststellenden vollstreckbaren Titels erlangen kann, ist eine Klage gegen den zur Duldung Verpflichteten auf Gestattung der Befriedigung aus dem Gegenstande zulässig. Dies folgt aus dem besonderen Inhalt und Zwecke des betreffenden Rechtes. Rechte dieser Art sind die Hypothek, die Grundschuld, die Rentenschuld, die Reallast (§§ 1105, 1113, 1191, 1199). Ebenso gehört hierher bei dem Nießbrauch an einem ganzen Vermögen das Recht der Gläubiger des Bestellers, ihre Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen ohne Rücksicht auf den Nießbrauch zu verlangen (§ 1086), ferner das Recht der Gläubiger einer Ehefrau, ihre Befriedigung aus dem eingebrachten Gute ohne Rücksicht auf das dem Manne daran zustehende Recht der Nutznießung und Verwaltung zu verlangen (§ 1411). In den Fällen der letzteren Art bedarf es zu der Zwangsvollstreckung in die betreffenden Gegenstände eines Urteils, durch welches der Besteller oder die Ehefrau zur Leistung, der Nießbraucher oder der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist (CPO. §§ 737, 739). Über ähnliche Fälle s. CPO. § 743, § 745 Abs. 2, § 748 Abs. 2. In allen Fällen dieser Art wird die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung für zulässig gehalten werden müssen, ohne daß es anderer Voraussetzungen bedarf als des Rechtes des Klägers, die Duldung der Zwangsvollstreckung zu verlangen. Bei einem Pfandrecht an beweglichen Sachen liegt das Verhältnis nun zwar insofern anders, als der Pfandgläubiger die Befriedigung aus dem Pfande nicht bloß auf Grund eines die Duldungspflicht des Eigentümers feststellenden vollstreckbaren Titels nach § 1233 Abs. 2, sondern auch auf dem im § 1233 Abs. 1 bezeichneten Wege erlangen kann, als ferner die CPO. keine besonderen Vorschriften über diesen Fall enthält und als besonders die Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung nicht wie bei den

§. 1234. Der Pfandgläubiger hat dem Eigenthümer den Verkauf vorher anzudrohen und dabei den Geldbetrag zu bezeichnen, wegen dessen der Verkauf

---

Ansprüchen aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld und in den Fällen der eben bezeichneten Paragraphen nach der CPO. § 794 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 durch eine nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 aufgenommene Urkunde, in welcher die sofortige Zwangsvollstreckung bewilligt wird, ersetzt werden kann. Entscheidendes Gewicht wird indessen auf diese Verschiedenheit nicht gelegt werden dürfen. Der § 1233 Abs. 2 will dem Pfandgläubiger die Möglichkeit gewähren, seine Befriedigung auch auf dem dort bezeichneten Wege, also auf Grund eines den Verkauf gestattenden vollstreckbaren Titels gegen den Eigentümer zu erlangen. Es würde widersinnig sein, wenn dem Pfandgläubiger trotzdem die Möglichkeit verschlossen wäre, einen solchen vollstreckbaren Titel zu erlangen. Er kann letzteren aber nur auf Grund einer auf Gestattung des Verkaufs gegen den Eigentümer gerichteten Klage erlangen. Diese Klage muß daher zulässig sein, ohne daß es anderer Voraussetzungen bedarf als derjenigen, aus welchen sich die Duldungspflicht des Eigentümers ergibt (zustimmend Rspr. 11 S. 312).

Eine andere Frage ist, wer die Kosten des Prozesses zu tragen hat. Es wird in dieser Beziehung dasselbe gelten müssen wie bei der Hypothek. Die Kosten fallen daher, wenn der Eigentümer seine Verpflichtung sofort anerkennt, nach der CPO. § 93 dem Pfandgläubiger zur Last; sie gehören aber zu den Kosten der Rechtsverfolgung, und das Pfand haftet daher nach § 1210 Abs. 2 auch für sie. Dies ist in dem Urteil auszusprechen. Über das Nähere s. oben S. 601 Erl. 2d zu § 1147.

b) Ein Titel der zu a erläuterten Art gibt dem Pfandgläubiger das Recht, den Verkauf des Pfandes nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken zu lassen. Es handelt sich hierbei nicht, wie die M. III S. 823 ungenau sagen, um einen Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung. Es braucht also namentlich nicht der Titel gemäß § 750 Abs. 1 der CPO. vor dem Verkauf oder gleichzeitig mit dessen Beginne dem Eigentümer zugestellt oder gemäß den §§ 754, 755 daselbst dem Gerichtsvollzieher übergeben zu werden; auch stehen die Pfändungsbeschränkungen des § 811 der CPO. der Anwendung des § 1233 Abs. 2 nicht entgegen (unrichtig Rspr. 1 S. 432). Vielmehr gestattet der Abs. 2 dem Pfandgläubiger lediglich eine besondere Art des Pfandverkaufs, für die der Titel nur als materielle Voraussetzung ihrer Zulässigkeit in Betracht kommt. Die Grundlage für die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers ist, wie in allen Fällen des Pfandverkaufs, allein der Auftrag des Pfandgläubigers.

Die für die Art des Verkaufs maßgebenden Vorschriften ergeben sich aus der CPO. Der Verkauf erfolgt durch einen Gerichtsvollzieher, den der Gläubiger zu beauftragen hat, ohne daß er sich dabei der Mitwirkung des Gerichtsschreibers bedienen kann (§ 753). Das Pfand ist von dem Gerichtsvollzieher nach den §§ 814, 816, § 817 Abs. 1—3, § 820 öffentlich zu versteigern. Dabei wird für die im § 816 Abs. 1 bestimmte einwöchige Frist an die Stelle des Tages der Pfändung der Tag der Erlangung des vollstreckbaren Titels (nach Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 540 der Tag der Übergabe der Sache an den Gerichtsvollzieher), im Abs. 2 an die Stelle der Gemeinde, in welcher die Pfändung geschehen ist, die Gemeinde treten, in welcher das Pfand aufbewahrt wird (§ 1236 Satz 1). Als nicht die Art des Verkaufs betreffend finden keine Anwendung der § 817 Abs. 4 und die §§ 818, 819, an deren Stelle die Vorschriften des § 1239 Abs. 1 Satz 2, des § 1230 Satz 2 und des § 1247 maßgebend sind. Anwendbar ist dagegen der § 806, der bei der Veräußerung auf Grund einer Pfändung dem Erwerber jeden Gewährleistungsanspruch wegen Rechts- oder Sachmängel versagt (a. A. Biermann Erl. 2c zu § 1233). Wird hierdurch der Pfandgläubiger dem Erwerber gegenüber vollständiger gedeckt als bei dem regelmäßigen Pfandverkaufe (oben Erl. 1 a. E.), so bietet ihm der im § 1233 Abs. 2 eröffnete Weg außerdem namentlich den Vorteil, daß er der Gefahr enthoben wird, sich durch unbefugten Pfandverkauf dem Eigentümer des Pfandes gegenüber verantwortlich zu machen.

3. **Wegen der Kosten des Pfandverkaufs** vgl. § 1210 Abs. 2.

§ 1234.

E. I § 1170; II § 1141 rev. § 1219; III § 1217. P. I S. 5609 ff., 5622 ff.; M. III S. 823 f. P. II Bd. 3 S. 476. D. S. 675.

1. Abs. 1. Da der Pfandverkauf das bisherige Eigentum am Pfande zum Erlöschen bringt, soll dem Pfandeigentümer vor dem Verkaufe Gelegenheit gegeben werden, Einwendungen gegen

stattfinden soll. Die Androhung kann erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen; sie darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist.

Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats nach der Androhung erfolgen. Ist die Androhung unthunlich, so wird der Monat von dem Eintritte der Verkaufsberechtigung an berechnet.

---

das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers zur Geltung zu bringen und das Pfand einzulösen (§ 1249). Zu diesem Zwecke verpflichtet der Abs. 1 den Pfandgläubiger, den Verkauf dem Eigentümer vorher anzudrohen.

a) Die Androhung hat aus dem angedeuteten Grunde dem Eigentümer, nicht wie im § 1220 dem Verpfänder, gegenüber zu erfolgen. Doch kommt dem Pfandgläubiger der § 1248 zu Hilfe, demzufolge der Verpfänder zu seinem Gunsten als Eigentümer gilt, es sei denn, daß er dessen Rechtsmangel kennt, d. h. seit der Verpfändung erfahren hat. Die Kenntnis darf nicht vor der Androhung an den Verpfänder erlangt sein. Wußte der Pfandgläubiger bei der Androhung noch nicht, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer sei, so gilt nach § 1248 zugunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als Eigentümer. Er hat also der Verpflichtung zur Androhung genügt und ist, wenn er später erfährt, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist, nicht verpflichtet, die Androhung zu wiederholen.

b) Die Androhung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (vgl. Bd. II S. 247 Erl. 1 zu § 384). Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Bezüglich des Inhalts bestimmt der **Satz 1**, daß der Geldbetrag zu bezeichnen ist, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll, da der Eigentümer, er mag selbst Verpfänder sein oder nicht, diesen Betrag häufig nicht kennen kann (vgl. § 1210, § 1228 Abs. 2 Satz 2).

c) Die Androhung kann erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung (§ 1228 Abs. 2) erfolgen (**Satz 2 Halbs. 1**), d. h. durch eine vorher erfolgende Androhung erfüllt der Pfandgläubiger seine Verpflichtung nicht.

d) Die Androhungspflicht soll nicht zu einer übermäßigen Erschwerung des Pfandverkaufs führen. Der **Satz 2 Halbs. 2** befreit den Gläubiger deshalb von der Androhung, wenn sie untunlich ist. Daß die Androhung nach § 132 Abs. 2 im Wege öffentlicher Zustellung bewirkt werden könnte, schließt die Untunlichkeit nicht aus (vgl. Bd. II S. 114 Erl. 2 zu § 303). Der Beweis der Untunlichkeit liegt dem Pfandgläubiger ob.

e) Nichterfüllung der Androhungspflicht begründet nur, wenn sie vom Pfandgläubiger verschuldet ist, eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Eigentümer (§ 1243 Abs. 2). Als schuldhafte Nichterfüllung ist es aber nicht anzusehen, wenn der Pfandgläubiger den Verkauf in fahrlässiger Verkennung des Umstandes, daß der Verpfänder nicht Eigentümer ist, dem Verpfänder androht (vgl. unter a).

2. Der **Abs. 2** soll dem Pfandeigentümer eine Frist zur Geltendmachung von Einwendungen und zur Einlösung des Pfandes gewähren.

a) Die Frist beginnt in dem Regelfalle, daß der Pfandgläubiger zur Androhung verpflichtet ist, mit der Androhung, d. h. mit dem Zeitpunkt, in welchem diese nach den §§ 130, 131 wirksam geworden ist, in dem Ausnahmefalle, daß die Androhung wegen Untunlichkeit unterbleiben darf, mit dem Eintritte der Verkaufsberechtigung (§ 1228 Abs. 2). Solange der Pfandgläubiger die ihm obliegende Androhung schuldhaft unterläßt, macht er sich durch den Verkauf ohne Rücksicht auf die seit dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verstrichene Frist dem Eigentümer schadensersatzpflichtig.

b) Die Frist beträgt einen Monat, wenn jedoch die Verpfändung auf der Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist, nach § 368 Abs. 1 des HGB. nur eine Woche. Für die Berechnung der Frist sind die Vorschriften des § 187 Abs. 1 und des § 188 Abs. 2, 3 maßgebend.

c) Schuldhafte Nichtinnehaltung der Frist macht den Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig (§ 1243 Abs. 2).

3. **Bestreitet der Eigentümer den Eintritt der Verkaufsberechtigung**, so wird der Pfandgläubiger dadurch am Verkaufe noch nicht gehindert. Dazu ist vielmehr erforderlich, daß der Eigentümer negatorisch auf Unterlassung des Verkaufs klagt (§ 1004 Abs. 1 Satz 2) und nötigenfalls ein Verbot des Verkaufs oder auch eine Sequestration des Pfandes im Wege einer einstweiligen Verfügung erwirkt. Der Klage des Eigentümers gegenüber muß der Pfandgläubiger seine

§. 1235. Der Verkauf des Pfandes ist im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken.

Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so findet die Vorschrift des §. 1221 Anwendung.

§. 1236. Die Versteigerung hat an dem Orte zu erfolgen, an dem das Pfand aufbewahrt wird. Ist von einer Versteigerung an dem Aufbewahrungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist das Pfand an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern.

Verkaufsberechtigung einredeweise geltend machen (§ 1004 Abs. 2; Erl. 5 dazu) und daher seinerseits den Eintritt der Verkaufsberechtigung nachweisen (P. II Bd. 3 S. 473). Aber auch wenn der Eigentümer nicht zur Klage schreitet, wird sein Widerspruch gegen den Verkauf unter Umständen dem vorsichtigen Pfandgläubiger Veranlassung geben, seinerseits gegen den Eigentümer Klage auf Duldung des Pfandverkaufs zu erheben, um sich die vorteilhaftere Möglichkeit des Verkaufs nach § 1233 Abs. 2 zu verschaffen (Erl. 2a β und b zu § 1233).

§ 1235.

E. I § 1171 Abs. 1; II § 1142 rev. § 1220; III § 1218. P. I S. 5613, 5615, 5624 ff.; M. III S. 824. P. II Bd. 3 S. 476 ff.; Bd. 6 S. 166.

Die Vorschriften des § 1235 über die Art des Verkaufs enthalten eine der wichtigsten Garantien für eine das Interesse des Eigentümers wahrende Verwertung des Pfandes. Von ihrer Beobachtung hängt daher die dingliche Wirksamkeit der Veräußerung des Pfandes ab (§ 1243 Abs. 1), und zwar selbst gegenüber einem gutgläubigen Erwerber (§ 1244); der Eigentümer kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung nicht einmal vertragsmäßig auf ihre Beobachtung verzichten (§ 1245 Abs. 2).

Die Garantie liegt einerseits in der Mitwirkung einer unbeteiligten Mittelsperson, andererseits in der dieser vorgeschriebenen Art des Verkaufs (öffentliche Versteigerung oder Verkauf zum laufenden Preise). Die Zuverlässigkeit der Mittelsperson wird entweder durch ihre Beamteneigenschaft (Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugte andere Beamte) und insoweit auch durch die für sie maßgebenden Dienstvorschriften oder durch ihre öffentliche Anstellung (Versteigerer) oder Ermächtigung (Handelsmäkler) verbürgt; ihre Unparteilichkeit wird außerdem durch das Kaufverbot des § 457 gesichert. Die Mittelsperson haftet dem Pfandgläubiger auf Grund des Auftrags, dem Eigentümer und den sonstigen dinglich Berechtigten nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen, also, sofern sie ein Beamter ist, nach § 839.

Vgl. im übrigen zu Abs. 1 den § 383 Abs. 3 Satz 1 (Bd. II S. 246 Erl. 2), zu Abs. 2 die Erl. zu § 1221.

§ 1236.

E. I § 1172 Abs. 1; II § 1143 rev. § 1221; III § 1219. P. I S. 5613 ff., 5626; M. III S. 824 f. P. II Bd. 3 S. 478 f.

1. **Der § 1236 trifft Bestimmungen** über den Ort der Versteigerung. Ihre rechtliche Bedeutung ist nur die, daß die schuldhafte Verletzung den Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig macht (§ 1243 Abs. 2). Da der Pfandverkauf die Befriedigung des Gläubigers wegen der Forderung bezweckt, wäre die Annahme möglich, daß der Pfandgläubiger nur an dem Orte Befriedigung aus dem Pfande suchen dürfe, an dem er die Leistung verlangen kann, also an dem Leistungsorte für die Forderung (§ 269). Hieraus würde sich aber nicht selten die Notwendigkeit eines zwecklosen Transports ergeben. Der **Satz** 1 bestimmt deshalb als regelmäßigen Versteigerungsort den Ort, an welchem das Pfand aufbewahrt wird. Der E. I sprach im Anschluß an die CPO. (§ 816 Abs. 2) nicht von dem Orte, sondern von der Gemeinde, um der Auffassung vorzubeugen, daß die Versteigerung an der Stelle (in dem Hause, Gehöfte ꝛc.), wo das Pfand zurückzugeben sei, erfolgen müsse. Die zweite Kommission hielt aber die gesetzliche Beschränkung auf den Gemeindebezirk mit Rücksicht auf die Fälle für bedenklich, in denen, wie namentlich bei den Vororten großer Städte, die Gemeindegrenzen nicht erkennbar und für Handel und Verkehr nicht maßgebend sind, und gab daher dem Worte „Ort" im Sinne von Ortschaft den Vorzug. Der tatsächliche Aufbewahrungsort muß nach dem Wortlaute des Gesetzes auch dann

§. 1237. Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt zu machen. Der Eigenthümer und Dritte, denen Rechte an dem Pfande zustehen, sind besonders zu benachrichtigen; die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist.

§. 1238. Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort baar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht.

---

maßgebend sein, wenn er nicht der Vereinbarung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder entspricht. Der Eigentümer kann also in diesem Falle nicht wegen Verletzung der Vorschrift des Satz 1, wohl aber gegebenenfalls wegen Verletzung der Aufbewahrungspflicht Schadensersatz verlangen (a. A. Biermann, Dernburg Bd. 2 S. 802 Anm. 6, Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 532, Kober, Staub Anm. 46 zu HGB. § 368, die den vertragsmäßigen Aufbewahrungsort als Versteigerungsort ansehen).

Der **Satz 2** läßt jedoch entsprechend dem § 383 Abs. 2 eine Ausnahme von der Regel des Satz 1 zu, und zwar ist die Zulässigkeit nicht, wie im E. I, von einer Einigung der Beteiligung oder mangels solcher von einer gerichtlichen Entscheidung abhängig gemacht (vgl. § 1246, CPO. § 816 Abs. 2); vielmehr ist die Entscheidung darüber, ob die Voraussetzung des Satz 2 vorliege, zunächst in die Hand des Pfandgläubigers gelegt, dem dabei der Rat des sachkundigen Versteigerers zustatten kommt. Für Verschulden bei dieser Entscheidung, wie übrigens auch bei der Wahl des Zeitpunkts für den Verkauf, haftet er dem Pfandeigentümer, da er auch dessen Interesse bei dem Verkaufe nach Treu und Glauben wahrnehmen soll (vgl. ROHG. 14 S. 224; 16 S. 425; RG. 15 S. 3); er ist im Falle des Satz 2 nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die Versteigerung an einem anderen geeigneten Orte bewirken zu lassen. Jedoch folgt aus der Stellung des Satz 2 zu Satz 1 als der Ausnahme zur Regel, daß im Falle der Versteigerung am Aufbewahrungsorte den Pfandeigentümer die Beweislast trifft, wenn er wegen Verletzung der Vorschrift des Satz 2 Schadensersatz verlangt.

2. **Die Vorschriften des § 1236 über den Verkaufsort sind auch für den freihändigen Pfandverkauf** nach § 1235 Abs. 2, § 1221 **maßgebend.** Denn diese Art des Pfandverkaufs hat zur Voraussetzung, daß das Pfand an dem Orte, an dem es sonst zu versteigern sein würde, einen Börsen- oder Marktpreis hat (vgl. Erl. 2 zu § 385). Dementsprechend muß auch der Verkauf an diesem Orte erfolgen.

§ 1237.

E. I § 1171 Abs. 2, § 1172 Abs. 2; II § 1144 rev. § 1222; III § 1220. P. I S. 5613 ff., 5626 f., 6268, 6273; M. III S. 824 f. P. II Bd. 3 S. 479.

1. **Satz 1** enthält eine für die dingliche Wirksamkeit der Pfandveräußerung wesentliche Vorschrift, auf deren Beobachtung der Eigentümer des Pfandes vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung auch nicht verzichten kann (§ 1243 Abs. 1, § 1245 Abs. 2). Er entspricht dem § 383 Abs. 3 Satz 2 und der CPO. § 816 Abs. 3.

2. **Satz 2** verpflichtet den Pfandgläubiger, den Eigentümer und andere dinglich Berechtigte, also sonstige Pfandgläubiger und Nießbraucher, von der Zeit und dem Orte der Versteigerung besonders zu benachrichtigen, sofern dies nicht untunlich ist. Schuldhafte Verletzung der Verpflichtung macht den Gläubiger schadensersatzpflichtig (§ 1243 Abs. 2). Bezüglich der Frage, inwieweit der Gläubiger dem Eigentümer gegenüber durch Erfüllung der Verpflichtung gegenüber dem Verpfänder befreit wird, gilt dasselbe wie für die im § 1234 Abs. 1 bestimmte Androhungspflicht. Die Benachrichtigung des Eigentümers von Zeit und Ort der Versteigerung kann übrigens mit der Androhung des Verkaufs alsbald verbunden werden; von Bedeutung ist dies namentlich, wenn der Gläubiger auch mit der Androhung den Versteigerer beauftragt. Selbstverständlich ist aber die im § 1234 Abs. 2 (HGB. § 368 Abs. 1) bestimmte Wartefrist innezuhalten.

§ 1238.

E. I § 1175; II § 1146 rev. § 1223; III § 1221. P. I S. 5610, 5614, 5616 f., 5630 ff., 12023; M. III S. 827 f. P. II Bd. 3 S. 479.

1. Der **Abs. 1** schreibt für den Pfandverkauf zwei gesetzliche Kaufbedingungen in dem Sinne vor, daß der Pfandgläubiger dem Eigentümer und den sonstigen dinglich Berech-

Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt. Unterbleibt die sofortige Entrichtung des Kaufpreises, so gilt das Gleiche, wenn nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird.

---

tigten gegenüber bei Vermeidung des im Abs. 2 bestimmten Rechtsnachteils dafür zu sorgen hat, daß der Verkauf nur unter diesen beim Verkauf zum Ausdruck zu bringenden Bedingungen abgeschlossen wird, d. h. soweit der Verkauf im Wege der Versteigerung erfolgt, also nach § 156 Satz 1 durch den Zuschlag zustande kommt, daß nur unter diesen Bedingungen der Zuschlag erteilt wird. Die Bedingungen sind:

a) sofortige Barzahlung des Kaufpreises, d. h. Barzahlung unmittelbar nach Abschluß des Kaufes, also im Falle der Versteigerung nach Erteilung des Zuschlags, Zug um Zug gegen die Übereignung des Pfandes;

b) Vorbehalt der Rechtsverwirkung zugunsten des Pfandgläubigers für den Fall, daß die Barzahlung unterbleibt (vgl. § 360).

Abweichungen sind nur nach Maßgabe der §§ 1245, 1246 zulässig.

2. Abs. 2 Satz 1. Die Rechtsfolge der Verletzung der Vorschrift des Abs. 1 ist nicht, entsprechend dem § 1243, Unwirksamkeit der Pfandveräußerung oder Schadensersatzpflicht des Pfandgläubigers, sondern sie besteht darin, daß der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen ist, jedoch unbeschadet der Rechte des letzteren gegen den Ersteher. Hat der Pfandgläubiger also auf Kredit oder zwar unter der Bedingung der Barzahlung, aber ohne den Vorbehalt der Rechtsverwirkung verkaufen lassen, so behält er dem Ersteher gegenüber die ihm vertragsmäßig oder gesetzlich zustehenden Rechte, besonders die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und die Ansprüche auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung, unter Umständen auch ein Rücktrittsrecht (§§ 320ff., 326, 327). Dem Pfandeigentümer und den dinglich Berechtigten gegenüber muß er sich aber, wenn deren Rechte am Pfande erloschen sind, also gemäß § 1242 nach erfolgter Veräußerung des Pfandes (ebenso Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1083, Biermann Erl. 1, Kober Erl. 2a zu § 1238; a. A. Buhl S. 115), so behandeln lassen, als wäre der vereinbarte Kaufpreis sofort nach dem Zuschlag an ihn bar gezahlt. Infolgedessen gilt nach § 1247, soweit der Kaufpreis ihm zu seiner Befriedigung gebührt, die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt, während in Höhe des Überschusses eine Forderung gegen ihn auf Zahlung des Mehrbetrags entsteht und an Stelle des Pfandes tritt; diese Forderung steht also dem Pfandeigentümer zu, wird aber zugleich, wenn das Pfand mit Rechten Dritter belastet war, kraft Gesetzes diesen Rechten unterworfen. Der Pfandgläubiger trägt somit die Gefahr der Uneinziehbarkeit seiner Kaufpreisforderung gegen den Ersteher. Es macht dabei keinen Unterschied, ob der unter der Bedingung der Barzahlung zu erzielende Erlös etwa nachweislich geringer gewesen sein würde als der durch den Verkauf auf Kredit tatsächlich erzielte (vgl. dagegen HGB. § 393 Abs. 3). In jedem Falle gilt der ganze vereinbarte Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen. Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 schließt als Sondervorschrift die Anwendung des § 1247 in dem Sinne, daß, falls der Kaufpreis nachträglich bar gezahlt wird, die dinglich Berechtigten Rechte an ihm erlangen, aus; auch ein Wahlrecht steht ihnen nicht zu (a. A. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1084).

3. Abs. 2 Satz 2. Auch wenn der Verkauf unter den im Abs. 1 vorgeschriebenen Bedingungen erfolgt ist, muß der Pfandgläubiger weiter von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung mangels sofortiger Barzahlung des Kaufpreises vor dem Schlusse des Versteigerungstermins Gebrauch machen, d. h. dem Ersteher gegenüber den Rücktritt vom Verkauf erklären (§ 349) oder durch den Versteigerer erklären lassen, widrigenfalls ihn gleichermaßen der unter 2 erörterte Rechtsnachteil trifft. Letzterer tritt aber auch in diesem Falle erst mit der Veräußerung des Pfandes ein, da die dinglich Berechtigten bis dahin ihre Rechte am Pfande behalten und nicht daneben, wenn auch nur wahlweise, die Rechte gegen den Pfandgläubiger nach Maßgabe des § 1238 erlangen können. Die Rechtsverwirkung ist nicht wie nach § 917 Abs. 3 der CPO. die gesetzliche Folge des Unterbleibens der Barzahlung bis zum Schlusse des Versteigerungstermins, sondern muß durch die Rücktrittserklärung herbeigeführt werden. Dem Ersteher gegenüber behält der Pfandgläubiger das Rücktrittsrecht auch nach dem Schlusse des Versteigerungstermins. Übt er es aus, so kann er nach § 346 Satz 1 Rückgewähr

§. 1239. Der Pfandgläubiger und der Eigenthümer können bei der Versteigerung mitbieten. Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen.

Das Gebot des Eigenthümers darf zurückgewiesen werden, wenn nicht der Betrag baar erlegt wird. Das Gleiche gilt von dem Gebote des Schuldners, wenn das Pfand für eine fremde Schuld haftet.

---

des Pfandes an sich, d. h. Übertragung des Eigentums auf sich verlangen. Die dem Eigentümer und den sonstigen dinglich Berechtigten gegenüber einmal eingetretene Rechtsänderung wird durch den nachträglichen Rücktritt des Pfandgläubigers nicht rückgängig gemacht.

Bei freihändigem Verkaufe des Pfandes wird die Vorschrift des Abs. 2 Satz 2 entsprechend anzuwenden sein, wenn der Pfandgläubiger von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung nicht unmittelbar nach Übereignung des Pfandes Gebrauch macht, obwohl die Barzahlung des Kaufpreises unterbleibt.

4. Der § 1238 entspricht dem § 817 der CPO., weicht aber im einzelnen mehrfach von ihm ab. Insbesondere ist dem Pfandgläubiger nicht die Verpflichtung auferlegt, dafür zu sorgen, daß dem Zuschlag ein dreimaliger Aufruf vorhergeht. Die M. III S. 827 nehmen an, der Gläubiger werde auch ohne eine besondere Vorschrift verpflichtet erscheinen, die von ihm beauftragte Person zu einem zweckentsprechenden Verfahren anzuweisen, soweit eine derartige Anweisung neben den für solche Personen bestehenden Instruktionen nötig sein sollte. Diese Ansicht findet jedoch im Gesetze keine Begründung. Die Verpflichtungen des Pfandgläubigers in betreff des Pfandverkaufs sind, wie der § 1233 Abs. 1 und der § 1243 ergeben, in den §§ 1234—1240 erschöpfend bestimmt. Über diese Vorschriften hinaus kann der Pfandgläubiger für ein sachdienliches Verfahren der Versteigerer nicht verantwortlich gemacht werden, vielmehr ist dafür, soweit nötig, durch die Dienstanweisungen zu sorgen.

§ 1239.

E. I § 1173; II § 1145 rev. § 1224; III § 1222. P. I S. 5614, 5616, 5633 ff.; M. III S. 825 ff. P. II Bd. 3 S. 479.

Der **§ 1239** bestimmt, ob, unter welchen Bedingungen und mit welcher Wirkung die drei bei dem Pfandverkaufe hauptsächlich Beteiligten, der Pfandgläubiger, der Eigentümer des Pfandes und der persönliche Schuldner, bei der Versteigerung des Pfandes mitbieten können.

1. **Abs. 1. Der Pfandgläubiger** ist der Verkäufer des Pfandes (Erl. 1 zu § 1233). Es fragt sich daher, ob er auch mitbieten, das Pfand erstehen und es also von sich selbst kaufen kann. Dem steht, da der Pfandgläubiger kraft eigenen Rechtes, nicht als Vertreter des Eigentümers verkauft, nicht das Verbot des Selbstkontrahierens von Vertretern (§ 181), wohl aber der Grundsatz entgegen, daß niemand im eigenen Namen mit sich selbst einen Vertrag schließen kann. Praktisch kommt aber in Betracht, daß die Zulassung des Pfandgläubigers zum Mitbieten die Interessen der übrigen Beteiligten nicht nur nicht gefährdet, sondern sogar fördert. Aus diesem praktischen Grunde erkennt der **Satz** 1 das Mitbieten des Pfandgläubigers als zulässig an. Die rechtliche Bedeutung der Bestimmung ist aber nicht darin zu suchen, daß hier, abweichend von dem vorerwähnten Grundsatz, ausnahmsweise ein Kontrahieren mit sich selbst zugelassen wird. Vielmehr erweitert die hier in Rede stehende Bestimmung den Inhalt des Pfandrechts dahin, daß dem Pfandgläubiger die Befugnis gewährt wird, falls er bei der Versteigerung Meistbietender bleibt, sich selbst den Zuschlag zu erteilen und durch diesen einseitigen Akt die sonst zur Übertragung des Eigentums erforderliche Einigung zu ersetzen, jedoch mit der im **Satz** 2 bestimmten Maßgabe, daß infolge der Erteilung des Zuschlags an ihn selbst der von ihm gebotene Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen ist. Nach dieser Fiktion hat der Zuschlag an den Pfandgläubiger dieselben Rechtswirkungen wie die Barzahlung des von einem anderen Ersteher gebotenen Kaufpreises an den Pfandgläubiger, also die, daß, soweit der von letzterem gebotene Betrag ihm zu seiner Befriedigung gebührt, die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt gilt, während in Höhe des überschießenden Betrags die Forderung gegen den Pfandgläubiger auf Zahlung dieses Betrags an die Stelle des Pfandes tritt (§ 1247; Erl. 2 zu § 1238). Im Ergebnisse nähert sich also die im Abs. 1 geregelte Befugnis des Pfandgläubigers der gemeinrechtlichen impetratio dominii (Dernburg, Pandekten I § 281

Nr. 4); sie unterscheidet sich aber von ihr hauptsächlich dadurch, daß der Zuschlag nicht zum Schätzungswert und nicht durch einen obrigkeitlichen Akt, sondern kraft des eigenen Rechtes des Pfandgläubigers erfolgt.

Auch für die Gebote des Pfandgläubigers gilt übrigens die Vorschrift des § 1233 Abs. 1, daß sie mit der Verpflichtung sofortiger Barzahlung erfolgen müssen; der Pfandgläubiger muß sich daher nach § 1239 Abs. 1 Satz 2 so behandeln lassen, wie wenn er den Kaufpreis sofort bar gezahlt erhalten hätte.

Unter dem Pfandgläubiger im Sinne des § 1239 Abs. 1 ist nur der den Verkauf betreibende Pfandgläubiger zu verstehen; nur für diesen treffen die Gründe der Vorschriften zu. Ein anderer, sei es vorgehender, sei es nachstehender Pfandgläubiger (vgl. Erl. 2, 3 zu § 1232) kann zwar selbstverständlich, ebenso wie ein Nießbraucher, auch mitbieten, steht aber einem sonstigen Ersteher gleich, muß also den Kaufpreis bar entrichten und erlangt nur nach § 1247 Satz 2 ein Pfandrecht an der ihm gegenüber zustehenden Forderung auf den Kaufpreis, die, soweit letzterer nicht dem verkaufenden Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, dem Eigentümer des Pfandes zusteht. Vermöge dieses Pfandrechts kann er die Forderung unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe des § 1282 Abs. 1 von sich selbst einziehen und sich also aus dieser Forderung wegen seiner Pfandforderung befriedigen.

2. Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1. Gegen die Berechtigung des Eigentümers des Pfandes zum Mitbieten scheint zu sprechen, daß durch den Zuschlag an ihn ein Kaufvertrag über eine eigene Sache des Käufers zustande käme, ein solcher Kaufvertrag aber nichtig wäre. Dieses Bedenken suchten die M. III S. 826 durch die Erwägung wegzuräumen, daß der Eigentümer nicht die Sache selbst, sondern nur ihre Befreiung von dem Pfandrecht und den sonstigen dinglichen Belastungen erkaufe. Der E. I § 1180 Abs. 3 zog aus dieser Auffassung auch die praktische Folgerung, daß der Zuschlag an den Eigentümer nur das an die rechtmäßige Pfandveräußerung sonst geknüpfte Erlöschen von Rechten Dritter, nicht aber einen neuen Eigentumserwerb des bisherigen Pfandeigentümers zur Folge habe. Die zweite Kommission erachtete jedoch im Anschluß an Jacubezky, Bemerkungen S. 292, die Grundauffassung des E. I für unrichtig (P. II Bd. 3 S. 480). Sie nahm an, daß es sich bei dem Zuschlag an den Eigentümer nicht um den Kauf einer eigenen Sache, d. h. einer Sache, die dem Käufer auch ohne den Kauf gehören würde, sondern um den Kauf einer Sache handele, deren Eigentum dem Eigentümer kraft des Pfandrechts entzogen werden könne und solle und von dem Eigentümer aus der Hand des Pfandgläubigers neu erworben werde. Von diesem Standpunkt aus erledigt sich das oben erwähnte theoretische Bedenken gegen die Zulassung des Eigentümers zum Mitbieten von selbst. Praktisch ist die Zulassung für den Eigentümer auch neben dem Einlösungsrechte (§ 1249) von Bedeutung, weil ihm dadurch unter Umständen ermöglicht wird, sich mit geringerem Aufwande das Eigentum zu erhalten und die Befreiung der Sache von Rechten Dritter zu verschaffen. Der Abs. 1 Satz 1 erkennt demgemäß das Mitbietungsrecht des Eigentümers ausdrücklich an.

Der Abs. 2 Satz 1 fügt aber eine Einschränkung hinzu. Der Eigentümer, der das Pfand nicht einlöst, ist des Mangels von Barmitteln verdächtig. Bietet er nun, wenn auch unter den Bedingungen des § 1238 Abs. 1, mit, so besteht die Gefahr, daß er nach Erteilung des Zuschlags nicht bar zahlen kann, der Gläubiger daher von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch machen und die Versteigerung wiederholen lassen muß. Zur Sicherung gegen diese Gefahr gestatte der Abs. 2 Satz 1 dem Pfandgläubiger ein Gebot des Eigentümers zurückzuweisen, wenn der von diesem als Kaufpreis gebotene Betrag nicht bar erlegt, d. h. zur Sicherheit für die Erfüllung der durch den etwaigen Zuschlag entstehenden Zahlungspflicht bar dem Versteigerer übergeben wird (vgl. E. I § 1173 Abs. 3 und die entsprechenden Bestimmungen des ZVG. § 68 Abs. 3, § 69 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2). Die Vorschrift hat zunächst die Bedeutung, daß sie den Pfandgläubiger vor der Gefahr schützt, für einen nachteiligen Einfluß, den die Zurückweisung des Gebots auf den Erlös der Versteigerung ausübt, verantwortlich gemacht zu werden. Da die Vorschrift aber bezweckt, vergeblichen Versteigerungsversuchen vorzubeugen, so wird man weiter annehmen müssen, daß die begründete Zurückweisung das Gebot derart unwirksam macht, daß es als nicht abgegeben zu behandeln ist, und daß daher das nach § 156 Satz 2 durch das Übergebot eingetretene Erlöschen eines vorhergehenden Gebots rückgängig wird, sodaß der vorhergehende Bieter wieder an sein Gebot gebunden ist und ihm daher der Zuschlag erteilt werden kann. Diese Auffassung hat die Analogie der Vorschriften über die Zwangsversteigerung von Grundstücken für sich (ZVG. § 68 Abs. 3, § 70 Abs. 1, 2, § 72 Abs. 1); nur hat über die Zurückweisung des Gebots mangels sofortiger Leistung der vom Gläubiger verlangten

§. 1240. Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerthe zugeschlagen werden.

Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberwerth erreichenden Preise erfolgen.

§. 1241. Der Pfandgläubiger hat den Eigenthümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebniß unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung unthunlich ist.

---

baren Sicherheit hier nicht das Gericht, sondern der Gläubiger oder in dessen Vertretung der Versteigerer zu entscheiden.

Auch für die Anwendung der hier fraglichen Vorschriften steht zugunsten des gutgläubigen Pfandgläubigers der Verpfänder nach § 1248 dem Eigentümer gleich.

3. **Abs. 2 Satz 2. Daß der persönliche Schuldner**, der nicht Eigentümer ist, mitbieten kann, setzt der § 1239 als selbstverständlich voraus. Der Abs. 2 Satz 2 gestattet aber dem Gläubiger ihm gegenüber die Zurückweisung eines Gebots unter derselben Voraussetzung, mit der gleichen Wirkung und aus den nämlichen Gründen wie dem Eigentümer gegenüber.

4. Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2 und des Abs. 2 finden nach § 816 Abs. 4 der CPO. **bei der Versteigerung gepfändeter Sachen** entsprechende Anwendung. An die Stelle des Abs. 1 Satz 2 tritt dort der § 817 Abs. 3 der CPO.

5. **Inwieweit dem Versteigerer und dessen Gehilfen das Mitbieten verboten ist**, ergibt sich aus den §§ 457, 458 und den Erl. dazu (Bd. II S. 359 f.).

6. **Auch in den Fällen des freihändigen Verkaufs** können der Pfandgläubiger, der Eigentümer oder der persönliche Schuldner das Pfand kaufen. Im ersteren Falle dürfte die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 entsprechend anzuwenden sein; der Erteilung des Zuschlags wird die Kundgebung des Erwerbswillens des Pfandgläubigers gegenüber der den Verkauf vermittelnden Person gleichzustellen sein.

§ 1240.

E. I § 1174; II § 1147 rev. § 1225; III § 1223. P. I S. 5610, 5613, 5615, 5624 f., 6251, 6255 f.; M. III S. 827. P. II Bd. 3 S. 479.

Die Vorschriften des § 1240 sind dem § 820 der CPO. nachgebildet. Vor der Versteigerung ist der Gold- oder Silberwert des Pfandes im Wege der Abschätzung durch einen Sachverständigen festzustellen (vgl. CPO. § 814); der § 164 des FGG. findet dabei keine Anwendung. Der spätere Nachweis der Unrichtigkeit der Schätzung ist jedoch nicht ausgeschlossen. Die Kosten der Schätzung sind Kosten des Pfandverkaufs (§ 1210 Abs. 2). Zu Abs. 2 s. Erl. zu § 1221.

Von der Beobachtung der Vorschriften hängt die dingliche Wirksamkeit der Veräußerung des Pfandes ab (§ 1243 Abs. 1). Indessen erwirbt der Ersteher einer als Pfand versteigerten Gold- oder Silbersache das Eigentum auch dann, wenn er gutgläubig angenommen hat, daß sein Gebot den Gold- oder Silberwert erreiche (§ 1244); dagegen kommt im Falle des freihändigen Verkaufs einer Gold- oder Silbersache unter Verletzung der Vorschrift des Abs. 2 dem Erwerber sein guter Glaube nicht zu statten. Auch vertragsmäßig kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung auf die Beobachtung des § 1240 nicht verzichtet werden (§ 1245 Abs. 2).

§ 1241.

E. I § 1179; II § 1148 rev. § 1226; III § 1224. P. I S. 5612, 5617, 5637, 6275; M. III S. 830. P. II Bd. 3 S. 480.

Die Vorschrift entspricht dem § 384 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 und dem § 1220 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 (vgl. Bd. II S. 248 Erl. 4 zu § 384). Schuldhafte Verletzung der Benachrichtigungspflicht macht den Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig (§ 1243 Abs. 2).

Die Benachrichtigung soll den Eigentümer in den Stand setzen, bei Unwirksamkeit der Veräußerung seinen Eigentumsanspruch, sonst die ihm etwa zustehenden Schadensersatzansprüche und sein Recht auf den Überschuß des Erlöses rechtzeitig geltend zu machen. Bei der Erfüllung der Verpflichtung kommt dem gutgläubigen Pfandgläubiger der § 1248 zu statten.

§. 1242. Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigenthümer erworben hätte. Dies gilt auch dann, wenn dem Pfandgläubiger der Zuschlag ertheilt wird.

Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das Gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht.

---

§ 1242.

E. I § 1180 Abs. 1, 2; II § 1149 rev. § 1227; III § 1225. P. I S. 5617 ff., 5637 ff., 5645 f., 6268, 6273; M. III S. 830 f. P. II Bd. 3 S. 480.

Der § 1242 bestimmt die dinglichen Wirkungen der rechtmäßigen Pfandveräußerung.

1. **Voraussetzung dieser Wirkungen** ist:

a) eine nach allgemeinen Grundsätzen wirksame Veräußerung des Pfandes durch den Pfandgläubiger. Die Erfordernisse der Veräußerung bestimmen sich nach den für die Veräußerung seitens des Eigentümers geltenden Vorschriften (§§ 929—931 und oben S. 221 ff. die Erl. dazu) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Eigentümers hier kraft seines dinglichen Rechtes der Pfandgläubiger tritt. Notwendig ist also in allen Fällen die Einigung über den Übergang des Eigentums, die im Falle der Versteigerung durch den Zuschlag zustande kommt, außerdem aber die Übergabe des Pfandes an den Erwerber, soweit sie nicht nach § 929 Satz 2 entbehrlich ist oder nach Maßgabe der §§ 930, 931 ersetzt wird. Dem Veräußerer muß ein Pfandrecht zustehen; ob er es von dem Eigentümer oder einem Nichteigentümer herleitet, macht keinen Unterschied. Inwieweit der Mangel im Rechte des Veräußerers durch den guten Glauben des Erwerbers gedeckt wird, ergibt der § 1244.

b) Rechtmäßigkeit der Veräußerung. Diese wird im § 1243 Abs. 2 negativ durch Aufzählung der Vorschriften bestimmt, deren Verletzung die Veräußerung zu einer nicht rechtmäßigen macht. Auch der Mangel der Rechtmäßigkeit kann nach § 1244 durch den guten Glauben des Erwerbers gedeckt werden.

2. **Die Wirkungen der rechtmäßigen Veräußerung** sind folgende:

a) Der Erwerber erlangt die gleichen Rechte wie durch Erwerb vom Eigentümer (**Abs. 1 Satz 1**), d. h. zunächst das Eigentum an der Sache, nicht dagegen etwa obligatorische Ansprüche aus dem Kaufe gegen den Eigentümer (Lehmann S. 355). Außerdem aber folgt aus Satz 1 das Erlöschen der am Pfande bestehenden Rechte Dritter nach § 936 zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers, und zwar wird hier die Ausnahme des § 935 für den Fall unfreiwilligen Besitzverlustes sowohl bei rechtmäßiger Veräußerung im Wege der Versteigerung als auch bei rechtmäßigem freihändigen Pfandverkauf ebensowenig gelten wie nach § 1244 bei nicht rechtmäßiger Pfandveräußerung (ebenso Biermann Erl. 2 zu § 1242). Die Anwendung des § 936 kommt indessen nur in Betracht, soweit die Rechte Dritter nicht unabhängig vom guten Glauben des Erwerbers erlöschen.

b) Die Rechte Dritter am Pfande erlöschen, selbst wenn sie dem Erwerber bekannt waren, jedoch nicht ausnahmslos.

α) Unbedingt erlöschen die Pfandrechte an der Sache (**Abs. 2 Satz 1**). Hierin geht also die Veräußerung durch den Pfandgläubiger noch über die Wirkung der Veräußerung durch den Eigentümer hinaus (vgl. § 936 und oben S. 236 die Erl. dazu). Die Vorschrift rechtfertigt sich dadurch, daß dem Zwecke der Pfandrechte durch ihre Übertragung auf den Erlös Genüge geschieht (§ 1247 Satz 2). Sie hat nicht das Pfandrecht des den Verkauf betreibenden Pfandgläubigers im Auge, da sich dessen Erlöschen durch die Ausübung von selbst versteht, sondern andere an der Sache bestehende Pfandrechte ohne Unterschied, ob sie dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgehen oder nachstehen.

β) Ein an der Sache bestehender Nießbrauch erlischt gleichfalls, mit Ausnahme jedoch des Falles, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht (**Abs. 2 Satz 2**). Er erlischt also trotz Vorranges vor dem Pfandrechte des betreibenden Gläubigers, wenn ihm ein anderes Pfandrecht im Range vorgeht, weil der nachstehende Nießbrauch nicht bestehen bleiben kann, während das vorgehende Pfandrecht erlischt. Geht dem Nießbrauch dagegen kein anderes Recht oder nur ein anderer Nießbrauch vor, so kann er nur nach § 936 bei gutem

§. 1243. Die Veräußerung des Pfandes ist nicht rechtmäßig, wenn gegen die Vorschriften des §. 1228 Abs. 2, des §. 1230 Satz 2, des §. 1235, des §. 1237 Satz 1 oder des §. 1240 verstoßen wird.

Verletzt der Pfandgläubiger eine andere für den Verkauf geltende Vorschrift, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.

§. 1244. Wird eine Sache als Pfand veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht oder den Erfordernissen genügt wird, von denen die Recht-

---

Glauben des Erwerbers erlöschen. Soweit der Nießbrauch an dem Pfande erlischt, wird er nach § 1247 Satz 2 kraft Gesetzes auf den Erlös übertragen.

3. Nach **Abs.** 1 **Satz** 2 erlangt, wenn dem Pfandgläubiger der Zuschlag erteilt wird, auch er durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes das Eigentum am Pfande. Die Vorschrift ist aufgenommen, weil das Gesetz die Frage, wie die Erteilung des Zuschlags an den Pfandgläubiger selbst juristisch aufzufassen sei, nicht entschieden hat. Sie wäre selbstverständlich, wenn man annimmt, daß durch den Zuschlag an den Veräußerer in Wahrheit eine Veräußerung des Pfandes durch Vertragschluß des Gläubigers mit sich selbst zustande kommt. Sieht man dagegen, entsprechend der Erl. 1 zu § 1239, in dem Zuschlag an den Pfandgläubiger eine einseitige Aneignungserklärung des Pfandgläubigers, welche die sonst zur Veräußerung erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers ersetzt, so enthält der Abs. 1 Satz 2 den selbständigen Rechtssatz, daß der Zuschlag an den Pfandgläubiger, sofern er nicht unter Verletzung der im § 1243 Abs. 1 bezeichneten Vorschriften erfolgt ist, die gleichen Wirkungen hat wie eine rechtmäßige Veräußerung des Pfandes. Von diesem Standpunkt aus ergibt sich auch mit Notwendigkeit die im E. I § 1180 Abs. 2 nicht und im § 1242 nicht ausdrücklich ausgesprochene Folgerung, daß der Zuschlag an den Pfandgläubiger auch in bezug auf das Erlöschen von Rechten Dritter der Veräußerung des Pfandes gleichsteht.

Auch wenn der Zuschlag dem Eigentümer des Pfandes oder dem persönlichen Schuldner erteilt wird, gelten die Vorschriften des § 1242.

§ 1243.

E. I § 1181 Abs. 1, 2; II § 1150 rev. § 1228; III § 1226. P. I S. 5622 ff., 5627, 5636 f., 6251, 6256; M. III S. 831. P. II Bd. 3 S. 282. D. S. 675.

1. Der **Abs.** 1 bestimmt negativ, was im Sinne des § 1242 unter einer rechtmäßigen Veräußerung des Pfandes zu verstehen ist. Über die einzelnen Vorschriften, von deren Beobachtung die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängig gemacht ist, vgl. Erl. 2 zu § 1228, Erl. 2 zu § 1230, Erl. zu § 1235, Erl. 1 zu § 1237 und Erl. zu § 1240.

Für die Beweislast ergibt sich aus der Fassung des Abs. 1, daß bei Streit über die Rechtmäßigkeit der Veräußerung nicht denjenigen, welcher die Beobachtung, sondern denjenigen, welcher die Verletzung einer der maßgebenden Vorschriften behauptet, die Beweislast trifft.

2. Die im **Abs.** 2 in Bezug genommenen anderen für den Verkauf geltenden Vorschriften sind in § 1230 Satz 1, §§ 1234, 1236, § 1237 Satz 2, § 1241 enthalten (vgl. die Erl. dazu). Die Vorschriften des § 1238 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 gehören nicht hierher, da die Folge ihrer Verletzung selbständig geregelt ist (Erl. 2 zu § 1238). Über die Bedeutung des § 1239 Abs. 2 für die Ausschließung der im § 1243 Abs. 2 bestimmten Ersatzpflicht vgl. Erl. 2 zu § 1239.

Verschulden umfaßt Vorsatz und Fahrlässigkeit (Bd. I S. 40). Das Verschulden hat der Gegner des Pfandgläubigers zu beweisen. Bedient sich letzterer zur Erfüllung einer ihm obliegenden Verpflichtung der von ihm mit dem Verkaufe beauftragten Person, so hat er deren Verschulden wie ein eigenes zu vertreten (§ 278).

Wem gegenüber die im Abs. 2 bestimmte Schadensersatzpflicht des Pfandgläubigers eintritt, ist aus dem Inhalte der einzelnen Vorschriften zu entnehmen. Nicht immer ist es nur der Eigentümer (vgl. z. B. § 1237 Satz 2).

§ 1244.

E. I § 1182; II § 1151 rev. § 1229; III § 1227. P. I S. 5617 ff., 5640 ff., 6252, 6256; M. III S. 831 f. P. II Bd. 3 S. 482; Bd. 6 S. 262.

1. **Zweck und Bedeutung.** Der § 1244 gewährt demjenigen, welcher eine als Pfand zum Verkaufe gestellte Sache in gutem Glauben an das Pfandrecht des Verkäufers und an die Recht-

mäßigkeit der Veräußerung abhängt, so finden die Vorschriften der §§. 932 bis 934, 936 entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach §. 1233 Abs. 2 erfolgt ist oder die Vorschriften des §. 1235 oder des §. 1240 Abs. 2 beobachtet worden sind.

---

mäßigkeit der Veräußerung erwirbt, einen ähnlichen Schutz wie dem gutgläubigen Erwerber einer Sache vom Nichteigentümer. Der Grund dieses Schutzes liegt in der Erwägung, daß auch das Ergebnis der rechtmäßigen Pfandveräußerung durch den wahren Pfandgläubiger zum Schaden des letzteren sowie des Pfandeigentümers ungünstig beeinflußt werden würde, wenn der Käufer eines Pfandes die Verkaufsberechtigung des Verkäufers im vollen Umfang auf seine Gefahr prüfen müßte. Der § 1244 macht demgemäß den Schutz des gutgläubigen Erwerbers nur davon abhängig, daß bei dem Verkaufe gewisse ohne weiteres feststellbare Erfordernisse in betreff der Art des Pfandverkaufs erfüllt sind.

2. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers erstreckt sich auf zwei Fälle.

a) Der erste Fall ist der, daß eine Sache als Pfand veräußert wird, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht, mag es überhaupt niemals bestanden haben oder ihm nicht mehr zustehen. Doch genügt nicht jede Art der Veräußerung. Diese muß vielmehr erfolgen entweder

α) nach § 1233 Abs. 2. Man könnte annehmen, daß danach auch das Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels gegen den Eigentümer für das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers, nicht nur die Ausführung des Verkaufs nach den für den Verkauf verpfändeter Sachen geltenden Vorschriften erforderlich sei. Doch wird der Schutz des Erwerbers nur von diesem letzteren, nicht auch von dem ersteren Erfordernis abhängig zu machen sein (a. A. Kober zu § 1244), da sonst der Erwerber und damit mittelbar auch der Pfandgläubiger bei einer Veräußerung nach § 1233 Abs. 2, die doch dem Pfandgläubiger größere Sicherheit gewähren soll als der Pfandverkauf ohne vollstreckbaren Titel, ungünstiger gestellt sein würde als bei dem gewöhnlichen Pfandverkaufe, bei dem der Schutz des Erwerbers nur von der Beobachtung einer bestimmten Verkaufsart abhängt. Es muß hier also genügen, daß die Sache als Pfand nach den in der Erl. 2b zu § 1233 bezeichneten Vorschriften von einem Gerichtsvollzieher im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert ist. Oder

β) die Veräußerung muß unter Beobachtung des § 1235 oder des § 1240 Abs. 2 erfolgen, also regelmäßig im Wege öffentlicher Versteigerung, ausnahmsweise auf Grund eines freihändigen Verkaufs, und zwar genügt dieser stets bei Sachen, die einen Börsen- und Marktpreis haben, sofern er durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirkt wird, ferner bei Gold- und Silbersachen, wenn er nach einem erfolglosen Versteigerungsversuche durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise bewirkt wird.

b) Der zweite Fall ist der, daß eine Sache als Pfand von dem wahren Pfandgläubiger veräußert wird, ohne daß den Erfordernissen genügt wird, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt. Auch in diesem Falle ist jedoch der Schutz des Erwerbers dadurch bedingt, daß die Veräußerung entweder auf die zu a*α* oder auf die zu a*β* bezeichnete Art erfolgt ist.

α) Auch ein Verkauf nach § 1233 Abs. 2 in dem zu a*α* erläuterten Sinne genügt. Daraus, daß das BGB. nur für den gewöhnlichen Pfandverkauf die Erfordernisse der Rechtmäßigkeit der Veräußerung im § 1243 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt hat, darf nicht gefolgert werden, daß der § 1244 den Verkauf nach § 1233 Abs. 2 in dem hier fraglichen zweiten Falle nicht habe treffen sollen. Vielmehr ergibt sich für diese Art des Verkaufs als das Erfordernis der Rechtmäßigkeit der Veräußerung das Vorhandensein eines Titels der im § 1233 Abs. 2 vorausgesetzten Art. Der Mangel dieses Erfordernisses ist der Umstand, der durch den guten Glauben des Erwerbers gedeckt wird.

β) Bei dem gewöhnlichen Pfandverkaufe deckt der gute Glaube des Erwerbers den Mangel der Erfordernisse, die sich aus § 1228 Abs. 2, § 1230 Satz 2, § 1237 Satz 1 und § 1240 Abs. 1 ergeben.

3. Seinem Inhalte nach gestaltet sich der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach den im § 1244 in Bezug genommenen Vorschriften **folgendermaßen:**

§. 1245. Der Eigenthümer und der Pfandgläubiger können eine von der Vorschriften der §§. 1234 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren.

---

a) Der Erwerber wird trotz des Mangels im Rechte des Veräußerers mit dem Zeitpunkt Eigentümer, in dem im Falle der Veräußerung durch einen Nichteigentümer der gutgläubige Erwerber nach den §§ 932—934 das Eigentum erwirbt. Der Zeitpunkt bestimmt sich verschieden, je nachdem die Veräußerung nach § 929 Satz 1 oder Satz 2 (oben S. 231 Erl. 1 zu § 932), nach § 930 (S. 233 Erl. zu § 933) oder nach § 931 (ebenda Erl. zu § 934) erfolgt.

Dem Erwerber liegt der Beweis dafür ob, daß die Sache auf eine den Schutz des guten Glaubens begründende Art als Pfand veräußert ist, und, wenn die Veräußerung nach § 929 Satz 2, § 930 oder § 931 erfolgt ist, auch dafür, daß die im § 932 Abs. 1 Satz 2, im § 933 oder im § 934 bestimmten weiteren Voraussetzungen des Eigentumserwerbes vorliegen.

Der Eigentumserwerb ist ausgeschlossen, wenn in dem für den Erwerb entscheidenden Zeitpunkte der Erwerber nicht in gutem Glauben ist, d. h. ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß entweder dem Veräußerer ein Pfandrecht nicht zusteht oder einem der unter 2b bezeichneten Erfordernisse für die Rechtmäßigkeit der Veräußerung nicht genügt ist. Der Mangel des guten Glaubens muß dem Erwerber von seinem Gegner nachgewiesen werden.

Nicht ausgeschlossen wird dagegen hier der Eigentumserwerb durch früheren unfreiwilligen Verlust des Besitzes der Sache seitens des Eigentümers oder des ihm den mittelbaren Besitz vermittelnden Besitzers. Dies sprach der E. I § 1182 ausdrücklich aus, während der § 1244 es nur dadurch zum Ausdrucke bringt, daß er die Vorschriften des § 935 nicht für entsprechend anwendbar erklärt. Bei einer im Wege öffentlicher Versteigerung erfolgenden Veräußerung würde schon aus § 935 Abs. 2 folgen, daß früherer unfreiwilliger Besitzverlust den Schutz des gutgläubigen Erwerbers nicht ausschließt. Der § 1244 stellt aber auch den freihändigen Verkauf nach § 1235 Abs. 2, § 1240 Abs. 2 in dieser Beziehung der öffentlichen Versteigerung gleich, um auch bei solchen Verkäufern zu verhüten, daß ihr Ergebnis durch die Unsicherheit des Eigentumserwerbes des Käufers nachteilig beeinflußt werde.

b) Mit dem Erwerbe des Eigentums erlöschen die an der Sache bestehenden Rechte Dritter, es sei denn, daß der Erwerber in Ansehung eines solchen Rechtes zur Zeit des Eigentumserwerbes nicht in gutem Glauben ist (§ 936 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2). Die Vorschriften des § 936 Abs. 1 Satz 2, 3 können, da sie nach der Erl. 2b zu § 936 (oben S. 236) für den Fall der Veräußerung durch einen Nichteigentümer nicht gelten, auch auf den Fall der Veräußerung durch einen Nichtpfandgläubiger oder einen nicht verkaufsberechtigten Pfandgläubiger keine entsprechende Anwendung finden. Dagegen ist in den Fällen des § 1244 nicht neben § 936 auch der § 1242 Abs. 2 anwendbar; ein Pfandrecht oder ein nicht allen Pfandrechten im Range vorgehender Nießbrauch erlischt also nicht auch dann, wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Die gegenteilige Ansicht (Biermann, Erl. 2c zu § 1244; Gierke, Sachenrecht S. 991 Anm. 97; Kober, Erl. 2bα zu § 1242; Stobbe-Lehmann S. 351; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1085) hat im Gesetze keinen Anhalt und steht mit dem Grundgedanken des § 1244, der den Erwerber nur insoweit, als dieser gutgläubig ist, schützen soll, im Widerspruche.

Unfreiwilliger Besitzverlust (vgl. Erl. 4 zu § 936) vermag hier das Erlöschen der Rechte Dritter ebensowenig zu verhindern wie den Eigentumserwerb. Dagegen ist die im § 936 Abs. 3 bestimmte Ausnahme von der Regel, daß die Belastungen zugunsten des gutgläubigen Erwerbers erlöschen, von der entsprechenden Anwendbarkeit nicht ausgeschlossen; doch dürfte ihre Voraussetzung kaum jemals gegeben sein.

c) Wegen der rechtlichen Stellung derjenigen, welche infolge des § 1244 das Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht verlieren, s. Erl. 1 zu § 1247.

4. Die Vorschriften des § 1244 finden auch Anwendung, wenn der Pfandgläubiger, der Eigentümer oder der persönliche Schuldner der Erwerber ist, vorausgesetzt, daß sich dieser oder, soweit es nach § 166 auf die Person des mit dem Verkaufe Beauftragten als seines Vertreters ankommt, der Beauftragte in Ansehung der fehlenden Erfordernisse in gutem Glauben befunden hat.

§ 1245.

E. I § 1177; II § 1152 rev. § 1230; III § 1228. P. I S. 5612 f., 5621, 5654 ff., 6268, 6273; M. III S. 828 f. P. II Bd. 3 S. 479 f.; Bd. 6 S. 391. D. S. 675 f.

1. **Zweck und Bedeutung.** Die Vorschriften der §§ 1234—1240 bestimmen, indem sie in betreff der Art des Pfandverkaufs den Pfandgläubiger teils dinglich, teils obligatorisch be-

Steht einem Dritten an dem Pfande ein Recht zu, das durch die Veräußerung erlischt, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

Auf die Beobachtung der Vorschriften des §. 1235, des §. 1237 Satz 1 und des §. 1240 kann nicht vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verzichtet werden.

---

schränken, den Inhalt des Pfandrechts und würden daher nach dem das Sachenrecht beherrschenden Grundsatze der rechtsgeschäftlichen Abänderung entzogen sein, wenn das Gesetz solche nicht gestattete. Dies geschieht durch § 1245 mit Rücksicht darauf, daß unter Umständen eine Erweiterung oder eine Einschränkung der Befugnisse des Pfandgläubigers geboten sein kann.

2. **Zur rechtsgeschäftlichen Änderung der Verkaufsart ist erforderlich:**

a) eine Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger (**Abs. 1 Satz 1**).

α) Eine zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger getroffene Vereinbarung steht zugunsten des letzteren einer mit dem Eigentümer getroffenen gleich, wenn der Pfandgläubiger bei dem Abschlusse der Vereinbarung nicht weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist (§ 1248).

β) Die Vereinbarung kann die gesetzlichen Erfordernisse des Pfandverkaufs beliebig verschärfen, und zwar sowohl diejenigen, welche die dingliche Wirksamkeit der Veräußerung bedingen, als auch diejenigen, an deren Nichtbeachtung nur eine Schadensersatzpflicht geknüpft ist; so kann z. B. nur der Verkauf auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach § 1233 Abs. 2 für zulässig erklärt werden. Die Vereinbarung kann aber auch beide Arten von Erfordernissen ermäßigen, und zwar die nur obligatorisch wirksamen ohne Beschränkung, die dinglich wirksamen dagegen nur mit der aus Abs. 2 ersichtlichen Einschränkung, daß die im § 1235, im § 1237 Satz 1 und im § 1240 bestimmten Erfordernisse erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung wirksam durch Vertrag aufgehoben werden können, so daß vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung nur eine Abänderung des § 1230 Satz 2 zulässig bleibt. Diese kann unter Umständen auch im Interesse des Eigentümers liegen, wenn durch die Ausdehnung des Verkaufs auf Pfänder, deren Verkauf zur Befriedigung des Gläubigers nicht erforderlich ist, wegen deren Zusammengehörigkeit mit den übrigen Pfändern ein im ganzen günstigeres Ergebnis erzielt wird.

Der rechtsgeschäftlichen Änderung überhaupt entzogen ist die Vorschrift des § 1228 Abs. 2, deren Beobachtung zwar nach § 1243 Abs. 1 die Rechtmäßigkeit des Verkaufs bedingt, die aber nicht die Art des Pfandverkaufs betrifft (a. A. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 528; wie hier Biermann Erl. 4 zu § 1245; Kober Erl. 4 zu § 1245; Staub HGB. Anm. 39 zu § 368).

γ) Die Vereinbarung kann bei der Bestellung des Pfandrechts oder später getroffen werden. Sie bedarf keiner besonderen Form.

δ) Die Vereinbarung beschränkt sich ihrer rechtlichen Natur nach nicht auf das Verhältnis der Vertragschließenden zu einander, ist daher keine bloß obligatorische, sondern bestimmt den Inhalt des Pfandrechts, auch wenn sie nur obligatorisch wirkende Beschränkungen des Pfandrechts zum Gegenstande hat, ist somit dinglicher Natur und wirkt auch für und gegen die Rechtsnachfolger der Vertragschließenden.

b) die Zustimmung Dritter, denen an dem Pfande ein im Falle der Veräußerung erlöschendes Recht zusteht (**Abs. 1 Satz 2**), also nach § 1242 Abs. 2 ein sonstiges Pfandrecht oder ein nicht allen Pfandrechten vorgehender Nießbrauch (a. A. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1085, der für entscheidend hält, ob das Recht bei dem vereinbarten Verkauf erlöschen würde). Dieses Erfordernis entspricht den sonstigen für die Änderung des Inhalts dinglicher Rechte geltenden Vorschriften (vgl. insbes. §§ 876, 877, oben S. 96 Erl. 4 zu § 876). Die Zustimmung erfolgt zugunsten des Eigentümers oder des Pfandgläubigers, je nachdem die Erfordernisse des Pfandverkaufs durch die Vereinbarung verschärft oder gemindert werden sollen (abw. Windscheid-Kipp a. a. O.). Sie kann nur demjenigen gegenüber wirksam erklärt werden, zu dessen Gunsten sie erfolgt (**Abs. 1 Satz 3**), also, abweichend vom § 182 Abs. 1, nicht auch dem anderen Teile gegenüber.

§. 1246. Entspricht eine von den Vorschriften der §§. 1235 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Betheiligten, so kann jeder von ihnen verlangen, daß der Verkauf in dieser Art erfolgt.
Kommt eine Einigung nicht zu Stande, so entscheidet das Gericht.

---

3. **Die Wirkung der Vereinbarung** besteht je nach ihrem Inhalt in einer Änderung (Erweiterung oder Beschränkung) der gesetzlichen Gründe der dinglichen Unwirksamkeit der Pfandveräußerung oder der Schadensersatzpflicht des Pfandgläubigers. Der E. I § 1181 Abs. 3 wies auf diese Wirkung hin, indem er im Anschluß an die dem jetzigen § 1243 entsprechenden Vorschriften der Abs. 1, 2 aussprach, daß die Vorschriften des § 1177 (jetzt § 1245) wie auch des § 1178 (jetzt § 1246) unberührt bleiben. Die zweite Kommission hat den § 1181 Abs. 3 nur deshalb gestrichen, weil er das, was beabsichtigt sei, nicht ausdrücke (P. II Bd. 3 S. 482; für die Zulässigkeit einer dinglich wirksamen Vereinbarung auch Biermann Erl. 1; Kober Erl. 1b zu § 1243). Der Mangel eines vereinbarten Erfordernisses für die Rechtmäßigkeit der Veräußerung wird aber nach § 1244 durch den guten Glauben des Erwerbers gedeckt.

§ 1246.

E. I § 1178; II § 1153 rev. § 1281; III § 1229. P. I S. 5651 ff., 6251, 6256, 6268, 6273; M. III S. 829 f. P. II Bd. 3 S. 479 f. D. S. 676.

1. **Der § 1246** eröffnet dem einzelnen an dem Pfandverkaufe Beteiligten einen Weg, um gegen den Willen der übrigen eine den Interessen aller Beteiligten entsprechende, von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Verkaufsart durchzusetzen. Er soll, wie der verwandte § 825 der CPO., eine billige Berücksichtigung des besonderen Interesses eines Beteiligten im einzelnen Falle ermöglichen.

2. **Voraussetzung** ist, daß dem Interesse aller Beteiligten eine Abweichung von den Vorschriften der §§ 1235—1240 nach billigem Ermessen entspricht.

Eine Abweichung vom § 1234, der die Androhungs- und Wartepflicht des Pfandgläubigers bestimmt, kann zwar nach § 1245 vereinbart, nicht aber nach Maßgabe des § 1246 erzwungen werden.

Beteiligte im Sinne des § 1245 sind dieselben Personen, die bei einer Vereinbarung nach § 1245 mitwirken müssen, also der Eigentümer, der Pfandgläubiger und ein Dritter, dem ein im Falle der Veräußerung erlöschendes Recht am Pfande zusteht. Der E. I § 1178 nannte ausdrücklich diese Personen und sollte insoweit sachlich nicht geändert werden. Als Eigentümer gilt zugunsten des gutgläubigen Pfandgläubigers der Verpfänder (§ 1248). Der persönliche Schuldner ist nicht Beteiligter im Sinne des § 1246.

Die abweichende Verkaufsart muß den Interessen aller Beteiligten entsprechen. Ob dies zutrifft, darüber entscheidet das billige Ermessen.

3. **Liegt die erörterte Voraussetzung vor,** so kann jeder der Beteiligten verlangen, daß der Verkauf auf die abweichende Art erfolgt. Damit ist aber nicht, wie im E. I, dem einzelnen Beteiligten gegen die übrigen ein klagbarer Anspruch auf Einwilligung in die abweichende Verkaufsart oder auf Anwendung dieser Art gegeben. Die Weitläufigkeit eines Rechtsstreits soll gerade durch den § 1246 vermieden werden. Die Bedeutung der fraglichen Worte ist vielmehr die, daß jedem Beteiligten die Befugnis gegeben wird, mangels Einigung mit den übrigen Beteiligten eine Anordnung des zuständigen Gerichts dahin zu beantragen, daß der Verkauf in der abweichenden Art erfolgt. Zuständig ist nach § 166 Abs. 1 FGG. das Amtsgericht des Ortes, an welchem das Pfand aufbewahrt wird. Für das Verfahren sind neben der Vorschrift des § 166 Abs. 2 daselbst, wonach die Beteiligten vor der Entscheidung soweit tunlich zu hören sind, die allgemeinen Vorschriften der §§ 1 ff. FGG. maßgebend. Insbesondere wird nach § 16 Abs. 1 die Entscheidung mit der Bekanntmachung an alle Beteiligten wirksam; wird sie vom Amtsgericht (§ 18 a. a. O.) oder vom Beschwerdegericht abgeändert, so wird doch eine der Änderung gemäß erfolgte Veräußerung dadurch nicht zu einer unrechtmäßigen. Der Prozeßweg ist für die Bestimmung der Art des Pfandverkaufs nicht nur überflüssig, sondern gesetzlich ausgeschlossen; dagegen hat der angegangene Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Streit der Beteiligten über das Recht zum Pfandverkauf sie auf den Rechtsweg zu verweisen (KG. 24 S. A 1). Kommt auf das Verlangen eines Beteiligten eine Einigung zwischen allen Beteiligten zustande, so liegt eine Vereinbarung der im § 1245 vorausgesetzten Art vor.

§. 1247. Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigenthümer berichtigt. Im Uebrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes.

---

die für eine gerichtliche Anordnung keinen Raum läßt. Daraus, daß die im § 1246 Abs. 2 erwähnte Einigung unter den § 1245 fällt, ergibt sich zugleich, daß auch für diese Einigung und folgeweise für die sie ersetzende gerichtliche Entscheidung die beschränkende Vorschrift des § 1245 Abs. 2 gilt, daß also auch vom Gerichte vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung nicht eine Abweichung von § 1235, § 1237 Satz 1 und § 1240 angeordnet werden kann.

4. **Für die Wirkung der gerichtlichen Entscheidung** trifft das in der Erl. 3 zu § 1245 Gesagte entsprechend zu (a. A. anscheinend Kober Erl. 1c zu § 1246).

§ 1247.

E. I § 1183; II § 1154 rev. § 1232; III § 1230. P. I S. 5611 f., 5614, 5618 f., 5646 ff.; M. III S. 833 f. P. II Bd. 3 S. 482.

1. **Der § 1247 regelt die Rechte an dem Erlöse des Pfandes** durch beschränkte Anwendung des Grundsatzes der Surrogation (vgl. über ähnliche Anwendungen dieses Grundsatzes u. a. § 966 Abs. 2 Satz 3, § 975 Satz 2, § 979 Abs. 2, § 1229 Abs. 2). Die Vorschriften des § 1247 gelten für jede Art des Pfandverkaufs, mag dieser nach den §§ 1235—1240, nach § 1233 Abs. 2, nach § 1245 oder § 1246, im Wege der Versteigerung oder freihändig erfolgt sein.

Zweifelhaft ist, ob sich der § 1247 nur auf die Fälle des rechtmäßigen Pfandverkaufs oder auch auf den Fall des § 1244 bezieht. Da der § 1247 allgemein von dem Erlös aus dem Pfande spricht und dieser Ausdruck auch den Fall des § 1244 mitumfaßt, so wäre eine einschränkende Auslegung des § 1247 nur zulässig, wenn besondere Gründe dafür sprächen. Solche dürften aber nicht vorliegen. Das Ergebnis, zu welchem eine dem Wortlaute des § 1247 entsprechende Auslegung führt, ist durchaus befriedigend. War der Veräußerer nicht Pfandgläubiger, so gebührt ihm der Erlös aus dem Pfande nicht. Der ganze Erlös tritt daher nach § 1247 Satz 2 an die Stelle des Pfandes. Dasselbe wird auch dann gelten müssen, wenn der Veräußerer wirklich Pfandgläubiger war, die Veräußerung aber wegen Nichterfüllung eines der Erfordernisse des § 1243 Abs. 1 unrechtmäßig ist; denn auch in diesem Falle gebührt dem Veräußerer wegen der Unrechtmäßigkeit der Veräußerung der Erlös nicht. Er ist aber, wenn die Verkaufsberechtigung eingetreten war, sich aus dem Erlös unter den in der Erl. 2 zu § 1228 dargelegten Voraussetzungen zu befriedigen berechtigt (ebenso Lehmann S. 358; Endemann S. 930 § 140 Nr. 4c; etwas abweichend Biermann Erl. 5 zu § 1247; Gierke S. 991 Anm. 98). Für diese Auffassung spricht besonders, daß bei ihr die Rechte des Eigentümers und derjenigen dinglich Berechtigten, deren Rechte durch die Pfandveräußerung erlöschen, besser geschützt werden, als wenn man den § 1247 auf den Fall des § 1244 nicht anwendet. Bei der letzteren Annahme würde der Pfandgläubiger das Eigentum an dem gezahlten Kaufpreis erwerben und der Eigentümer sowie die sonstigen dinglich Berechtigten würden gegen ihn nur einen persönlichen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung haben. Daß das Gesetz diesen Personen, obwohl sie ihre Rechte an dem Pfande in dem Falle des § 1244 ebenso verlieren wie im Falle der rechtmäßigen Veräußerung, nicht ebenfalls den dinglichen Schutz hätte gewähren wollen, der sich aus der Anwendung des § 1247 ergibt, kann nicht angenommen werden.

Liegt dagegen eine auch nicht nach § 1244 wirksame Pfandveräußerung vor, so findet auch § 1247 Satz 2 keine Anwendung (a. A. Lehmann Bd. 2 S. 358; Kober Erl. 1b β zu § 1247; s. auch F. Leonhard, Arch. f. bürg. R. 21 S. 213 f.). Das Eigentum und die Rechte Dritter am Pfande bleiben bestehen und können gegen den Käufer geltend gemacht werden, ohne daß diesem auch bei gutem Glauben, wie Stobbe-Lehmann § 169 Anm. 24 und Kober Erl. 3 zu § 1244 annehmen, wegen des von ihm gezahlten Kaufpreises eine Bereicherungseinrede zusteht. Gegen den Verkäufer haben der Eigentümer und die dinglich Berechtigten je nach den Umständen Ansprüche aus einer unerlaubten Handlung oder einer ungerechtfertigten Bereicherung, der Käufer die Rechte aus dem Kaufvertrage (ebenso Gierke S. 990; Biermann Erl. 5 zu § 1247).

Die Anwendung des § 1247 gestaltet sich im übrigen nach der Art des Erlöses verschieden.

2. **Besteht der Erlös**, wie es die Regel ist, **in dem vom Käufer** Zug um Zug gegen die Übereignung des Pfandes **bar entrichteten Kaufpreis**, also in Geldstücken, so würde

a) das Eigentum an dem ganzen Erlöse nach allgemeinen Grundsätzen der Pfandgläubiger allein erwerben, da er den Verkauf und die Veräußerung der Sache im eigenen Namen vornimmt. Hierdurch würden jedoch der Eigentümer und die sonstigen dinglich Berechtigten, namentlich im Konkurse des Pfandgläubigers, zu sehr gefährdet werden. Die allgemeinen Grundsätze bedürfen daher einer Einschränkung. Anderseits würde die Durchführung des Grundsatzes der Surrogation dem Pfandgläubiger nur wieder ein Pfandrecht am Erlöse verschaffen (Erl. 1a zu § 1228), ihm dadurch aber nicht gerecht werden. Der § 1247 schlägt daher bezüglich des Eigentums am Erlös einen Mittelweg ein, indem er es insoweit, als der Erlös dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, diesen, im übrigen kraft Surrogation den Eigentümer des Pfandes erwerben läßt. Der Eigentumserwerb des Pfandgläubigers folgt aus Satz 1, der des Pfandeigentümers aus Satz 2.

Pfandgläubiger im Sinne des Satz 1 ist nach dem Zusammenhange der verkaufende Pfandgläubiger ohne Unterschied, ob seinem Pfandrecht ein anderes Pfandrecht vorgeht oder nicht (a. A. Buhl S. 116f., Cosack Bd. 2 S. 293, die im ersteren Fall den Satz 1 nicht für anwendbar halten; wie hier Biermann Erl. 2). Der Erlös gebührt dem verkaufenden Pfandgläubiger insoweit, als er nicht einerseits zur Deckung vorgehender Rechte Dritter erforderlich ist, anderseits den Betrag übersteigt, der dem Pfandgläubiger nach § 1210 gebührt. Ist nur wegen eines Teiles der Forderung die Verkaufsberechtigung eingetreten, so gebührt dem Pfandgläubiger wegen der übrigen Forderung der Erlös nicht. Ist der Pfandverkauf wegen mehrerer Forderungen oder wegen einer Hauptforderung und Nebenforderungen erfolgt, so finden, wenn der Erlös nicht zur Deckung aller Forderungen ausreicht, die Vorschriften der §§ 366, 367 Anwendung. Gebührt dem Pfandgläubiger der Erlös ganz, so wird er mit der Zahlung an ihn oder den mit dem Verkaufe Beauftragten als seinen Vertreter Alleineigentümer. Gebührt der Erlös ihm nur teilweise, so entsteht mit der Zahlung zunächst Miteigentum des Pfandgläubigers und des Pfandeigentümers an den gezahlten Geldstücken nach dem Verhältnisse des dem ersteren gebührenden Betrags zu dem Gesamterlöse; der Pfandgläubiger ist aber kraft seines Befriedigungsrechts befugt, die Gemeinschaft durch Teilung in Natur (vgl. § 752) mit der Wirkung aufzuheben, daß er und der Pfandeigentümer an den ihnen zugeteilten Geldstücken Alleineigentum erwerben (ebenso Jacubezky S. 292; Dernburg, Sachenrecht S. 806; Stobbe-Lehmann S. 349; Lehmann S. 356; Biermann Erl. 3; a. A. Cosack a. a. O.). Im Falle späterer Wiedervermengung der Geldstücke finden die Vorschriften der §§ 948, 949 Anwendung. Soweit der Pfandgläubiger den Überschuß dem Eigentümer herauszuzahlen hat, wird er durch Zahlung an den Verpfänder nach § 1248 befreit.

Aus Satz 1 folgt aber weiter, da nach ihm in Höhe des dem Pfandgläubiger gebührenden Erlöses die Forderung als von dem Eigentümer des Pfandes berichtigt gilt (vgl. CPO. § 819), daß die Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer in der bezeichneten Höhe die gleiche Wirkung hat wie die Zahlung desselben Betrags durch den Eigentümer zur Berichtigung der Forderung; der Eigentümer erwirbt also, falls er nicht der persönliche Schuldner ist und die Forderung nicht deshalb erlischt, die Forderung nach § 1249 Satz 2, § 268 Abs. 3 (ebenso bezüglich der Hypothek oben S. 590 Erl. 2c zu § 1143; ferner Biermann, Endemann S. 929 Anm. 20; a. A. Kober Erl. 1a, Lehmann S. 357, die dem Eigentümer nur einen Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung zuerkennen).

b) Beschränkte Rechte am Pfande, die durch die Veräußerung erlöschen, also Pfandrechte und ein nicht allen Pfandrechten vorgehender Nießbrauch, gehen nach Satz 2 kraft gesetzlicher Surrogation auf den Erlös, soweit er nicht dem Pfandgläubiger gebührt, über. Das gilt auch von dem Pfandrechte des verkaufenden Pfandgläubigers für einen Teil der Forderung, wegen dessen ihm der Erlös nicht gebührt. Es entsteht also ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht an den dem Pfandeigentümer zugeteilten Geldstücken oder dem ihm zugefallenen Miteigentumsanteile (vgl. bezüglich des Nießbrauchs namentlich die §§ 1065—1067, bezüglich des Pfandrechts Erl. 1a zu § 1228, Erl. 2 u. 3b zu § 1232 und §§ 1227, 1258; vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1082f.). Der Nießbraucher und der dritte Pfandgläubiger können daher von dem verkaufenden Pfandgläubiger Herausgabe der dem Pfandeigentümer zugeteilten Geldstücke verlangen; der Nießbraucher wird nach Maßgabe des § 1067 Eigentümer des Geldes, der Pfandgläubiger kann sich nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung aus dem Gelde befriedigen. Einen privatrechtlichen Anspruch auf Hinterlegung des nicht dem Pfandgläubiger gebührenden

§. 1248. Bei dem Verkaufe des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als der Eigenthümer, es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigenthümer ist.

Erlöses hat der Eigentümer, abweichend vom § 1219 Abs. 2 Satz 2, nicht; er ist nötigenfalls auf das prozessuale Mittel einer einstweiligen Verfügung angewiesen.

3. Der Erlös des Pfandverkaufs kann ausnahmsweise auch in einer Forderung bestehen. Diese Voraussetzung trifft zu:

a) wenn nach § 1238 Abs. 2 Satz 1 oder Satz 2 oder nach § 1239 Abs. 1 Satz 2 der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen ist. Für diese Fälle ergibt sich aus § 1247 Satz 1, daß der Pfandgläubiger in Höhe des ihm gebührenden Teiles des Kaufpreises als vom Eigentümer befriedigt gilt (Erl. 2 zu § 1238, Erl. 1 zu § 1239). Die Wirkung tritt kraft Gesetzes ein, ohne daß es, wie die M. III S. 833 anzunehmen scheinen, einer Aufrechnung der Pfandforderung gegen die dem Pfandeigentümer auf Grund der fingierten Empfangnahme des Kaufpreises durch den Pfandgläubiger diesem gegenüber zustehende Forderung bedarf. Soweit dagegen der Kaufpreis nicht dem Pfandgläubiger gebührt, folgt aus der Fiktion der Empfangnahme des Kaufpreises seitens des Pfandgläubigers eine Verpflichtung des letzteren zur Herauszahlung des Überschusses, und die Forderung auf diese Herauszahlung tritt nach § 1247 Satz 2 an die Stelle des Pfandes (a. A. für den Fall des § 1239 Gierke S. 989 Anm. 93). Sie steht also dem Eigentümer des Pfandes zu, wird aber mit der Entstehung kraft Gesetzes mit denjenigen Rechten Dritter, welche durch die Veräußerung am Pfande erloschen sind, belastet. Es entsteht somit gegebenenfalls ein Nießbrauch (§§ 1070, 1074, 1075) oder ein Pfandrecht (§§ 1275, 1281, 1282, 1285, 1287, 1288) an der Forderung des Eigentümers.

b) wenn das Pfand auf Grund der §§ 1245, 1246 nicht gegen Barzahlung, sondern auf Kredit verkauft wird. Der Erlös ist die Kaufpreisforderung des Pfandgläubigers gegen den Käufer. Auch auf diesen Fall ist der § 1247 anwendbar. Die Forderung steht daher, soweit sie nicht dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, dem Pfandeigentümer zu, ist aber mit den am Pfande erloschenen Rechten Dritter belastet.

§ 1248.

E. I § 1195 Abs. 2; II § 1155 rev. § 1233; III § 1231. P. I S. 5675 ff., 6136, 6268, 6273; M. III S. 843. P. II Bd. 3 S. 492 ff.

1. Zweck. Während der Pfandbestellungsvertrag ein Schuldverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder begründet (Erl. 1 zu § 1215), ist bei dem Pfandverkaufe nicht der Verpfänder als solcher, sondern der Eigentümer des Pfandes beteiligt, weil er durch die Veräußerung des Pfandes sein Eigentum verliert. Deshalb ist in den Vorschriften über den Verkauf des Pfandes überall der Eigentümer, nicht der Verpfänder berücksichtigt (vgl. § 1233 Abs. 2, § 1234 Abs. 1, § 1237 Satz 1, § 1239 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 1241, §§ 1245, 1246, § 1247 Satz 2). Der Pfandgläubiger soll jedoch nicht unter einem Irrtum über das Eigentum leiden. Zu diesem Zwecke bestimmt der § 1248, daß bei dem Verkaufe zugunsten des Pfandgläubigers, solange er den Rechtsmangel nicht kennt, dieser als der Eigentümer gilt (vgl. § 1058).

2. Die Vorschrift kommt dem Verpfänder in zwei Fällen zustatten:

a) wenn der Verpfänder Eigentümer war, es aber zu sein aufgehört hat, ohne daß der Pfandgläubiger die (nach § 931 erfolgte) Veräußerung erfahren hat;

b) wenn der Verpfänder nicht Eigentümer war, der Pfandgläubiger also das Pfandrecht auf Grund des guten Glaubens erworben (§ 1207) und auch später den Rechtsmangel des Verpfänders nicht erfahren hat.

Im ersten Falle beruht der Schutz des Pfandgläubigers auf demselben Gedanken wie der des gutgläubigen Schuldners im Falle der Abtretung der Forderung (§§ 407 ff., vgl. auch § 986 Abs. 2), im zweiten Falle auf einer Erweiterung des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes. Daß nur die nachträglich erlangte Kenntnis, nicht, wie nach den E. I, auch eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des Rechtsmangels den Schutz ausschließt, entspricht der Behandlung der Ersitzung im § 937 Abs. 2. Die Kenntnis des Rechtsmangels muß dem Pfandgläubiger bewiesen werden.

§. 1249. Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, kann den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Die Vorschriften des §. 268 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

---

3. **Der Schutz des gutgläubigen Pfandgläubigers besteht nicht nur in einer für ihn streitenden Vermutung, sondern in der Fiktion des Eigentums des Verpfänders.** Die Bedeutung dieser Fiktion in der Anwendung auf die einzelnen in Betracht kommenden Vorschriften ist bei diesen erörtert (Erl. 2a α zu § 1233, Erl. 1a zu § 1234, Erl. 2 zu § 1237, Erl. 2 a. E. zu § 1239, Erl. zu § 1241, Erl. 2a α zu § 1245, Erl. 2 zu § 1246, Erl. 2a a. E. zu § 1247).

4. **Der Verpfänder hat** umgekehrt, als gegenwärtiger mittelbarer Besitzer der Sache, die **Vermutung des Eigentums** nach § 1006 Abs. 1, 3 **für sich**, und zwar auch dem Pfandgläubiger als dem unmittelbaren Besitzer gegenüber (oben S. 335 Erl. 5, 6 zu § 1006).

§ 1249.

E. I §§ 1161—1164; II § 1156 rev. § 1234. P. I S. 5504 ff., 5519 f., 5524 ff., 5541 ff., 5764; M. III S. 815 f. P. II Bd. 3 S. 461 f.

Der § 1249 regelt das **Ablösungsrecht** oder **Einlösungsrecht** (jus offerendi) der dinglich Berechtigten.

1. **Voraussetzung des Ablösungsrechts** ist:

a) ein im Falle der Veräußerung erlöschendes Recht an dem Pfande, also nach § 1242 Eigentum, ein anderes, sei es vorgehendes oder nachstehendes, Pfandrecht oder ein nicht allen Pfandrechten vorgehender Nießbrauch. Der Besitzer des Pfandes hat, abweichend von der für die Hypothek geltenden Vorschrift des § 1150 verb. mit § 268, kein Ablösungsrecht, weil ein solches Recht des Besitzers dem Rechte zum Besitze, das dem Pfandgläubiger, im Gegensatze zum Hypothekengläubiger, zusteht, widerstreiten würde. Wegen des Ablösungsrechts des Verpfänders als solchen vgl. § 1223 Abs. 2 und Erl. 3a dazu.

b) Eintritt der Berechtigung des Schuldners zur Leistung. Der dafür maßgebende Zeitpunkt ergibt sich aus § 271 Abs. 2 und der Erl. 2 daselbst.

c) Nicht erforderlich ist, was der E. I § 1162 für das Ablösungsrecht der dinglich Berechtigten verlangte, daß das Pfand von dem Pfandgläubiger zum Verkaufe gebracht wird (vgl. auch § 1150).

2. **Der Inhalt des Ablösungsrechts** besteht in dem Rechte, den Pfandgläubiger zu befriedigen. Vermöge dieses Rechtes kann der Pfandgläubiger, abweichend vom § 267 Abs. 2, die Leistung des Ablösungsberechtigten nicht ablehnen, auch wenn der Schuldner ihr widerspricht. Ein Anspruch auf Herausgabe des Pfandes Zug um Zug gegen Befriedigung des Pfandgläubigers, wie ihn der E. I § 1158 dem Eigentümer gab und der § 1223 Abs. 2 dem Verpfänder gewährt, steht weder dem Eigentümer noch den sonstigen Ablösungsberechtigten zu. Sie müssen vielmehr, um mit dem dinglichen Herausgabeanspruche dem Pfandgläubiger gegenüber durchzudringen, diesen vorher befriedigen, um ihm dadurch das Pfandrecht und die daraus fließende Einrede des Besitzrechts zu entziehen.

Zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen ist der Ablösungsberechtigte nicht befugt. Er kann nach Satz 2 verb. mit § 268 Abs. 2 die Befriedigung gegebenenfalls auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung bewirken (vgl. § 1224 und Erl. dazu).

3. **Die Wirkung der Befriedigung des Pfandgläubigers** ist nach **Satz 2** verb. mit **§ 268 Abs. 3** die, daß die Forderung, soweit der Ablösungsberechtigte den Gläubiger befriedigt, auf jenen übergeht, der Übergang aber nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann; die Wirkung ist also dieselbe wie bei der Befriedigung durch den nicht persönlich haftenden Verpfänder nach § 1225 Satz 1 und Satz 2 verb. mit § 774 Abs. 1 Satz 2. Das in der Erl. 1, 2a zu § 1225 Bemerkte trifft daher auch hier zu. Ein Zurückbehaltungsrecht, das dem Pfandgläubiger dem Verpfänder gegenüber zusteht, kann er nach Maßgabe des § 986 Abs. 2 auch gegen den auf das eigene dingliche Recht des Ablösenden gestützten Herausgabeanspruch geltend machen. Die Wirkung des Zusammentreffens der Forderung und des Pfandrechts mit dem Eigentum in einer Person bestimmt sich nach § 1256.

§. 1250. Mit der Uebertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.

Wird bei der Uebertragung der Forderung der Uebergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht.

§. 1251. Der neue Pfandgläubiger kann von dem bisherigen Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen.

Mit der Erlangung des Besitzes tritt der neue Pfandgläubiger an Stelle des bisherigen Pfandgläubigers in die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder ein. Erfüllt er die Verpflichtungen nicht, so haftet für den von ihm zu ersetzenden Schaden der bisherige Pfandgläubiger wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Die Haftung des bisherigen Pfandgläubigers tritt nicht ein, wenn die Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Pfandgläubiger übergeht oder ihm auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung abgetreten wird.

---

4. **Das Ablösungsrecht dauert** bis zum Erlöschen des zugrunde liegenden dinglichen Rechtes. Es kann daher, wenngleich dies kaum jemals praktisch werden wird, auch noch nach der Erteilung des Zuschlags an den Ersteher bis zur Vollziehung des damit abgeschlossenen Kaufvertrags ausgeübt werden. Zur Befriedigung des Pfandgläubigers wäre aber in diesem Falle die Erstattung der Kosten des Pfandverkaufs (§ 1210 Abs. 2) und folgeweise auch die Befreiung des Pfandgläubigers von seiner Verpflichtung gegenüber dem Ersteher erforderlich.

§ 1250.

E. I §§ 1186, 1190; II § 1157 rev. § 1235; III § 1233. P. I S. 5568 ff.; M. III S. 836 ff. P. II Bd. 3 S. 483, 487.

Die Vorschriften des § 1250 sind **Folgerungen aus der akzessorischen Natur des Pfandrechts** (Erl. 2bα zu § 1204).

1. **Wird die Forderung, für die das Pfandrecht besteht, übertragen,** sei es durch Vertrag (Abtretung § 398), sei es kraft Gesetzes (§ 412), sei es durch Überweisung an Zahlungsstatt zum Nennwert im Wege der Zwangsvollstreckung (CPO. § 835 Abs. 2), so kann das Pfandrecht, da es nur zur Sicherung der Forderung dient, nicht bei dem bisherigen Gläubiger verbleiben, sondern muß entweder der Forderung folgen oder erlöschen.

a) **Als Regel stellt der Abs. 1 Satz 1,** in Wiederholung der allgemeinen Bestimmung des § 401 Abs. 1 (§ 412), den Satz auf, daß das Pfandrecht mit der Forderung auf den neuen Gläubiger übergeht (vgl. jedoch über eine Einschränkung dieses Satzes für gewisse Fälle der gesetzlichen Übertragung die Erl. 2c zu § 1225). Die Folgen des Überganges für das Verhältnis des bisherigen und des neuen Gläubigers zu einander und zum Verpfänder regelt der § 1251.

b) **Nach Abs. 2** kann der Übergang des Pfandrechts jedoch im Gegensatze zu der für die Hypothek geltenden Vorschrift des § 1153 Abs. 2, im Falle der Übertragung der Forderung durch Vertrag ausgeschlossen werden. Die Folge solcher Ausschließung ist dann aber das Erlöschen des Pfandrechts. Auf die Ausschließung dürften, da sie einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung des Pfandrechts gleichsteht, mit Biermann (Erl. 1 zu §§ 1250, 1251) die Vorschriften des § 1255 Abs. 2 anzuwenden sein.

2. **Nach Abs. 1 Satz 2** ist die selbständige Übertragung des Pfandrechts ohne die Forderung ausgeschlossen (vgl. § 1153 Abs. 2).

§ 1251.

E. I § 1187 Abs. 1, 2; II § 1158 rev. § 1236; III § 1234. P. I S. 5568 ff., 5578 ff., 6254, 6259, 11714 ff., 12023; M. III S. 837 f. P. II Bd. 3 S. 483 ff.

1. **Der Abs. 1** enthält an sich nur eine Folgerung daraus, daß vermöge des auf den neuen Gläubiger übergegangenen Pfandrechts dieser zum Besitze des Pfandes berechtigt ist (Erl. 2bβ zu § 1204) und daher nach Maßgabe der §§ 1227, 985, 986 Herausgabe des

Pfandes von jedem Dritten, also auch von dem bisherigen Pfandgläubiger verlangen kann. Diese Folgerung ist hier deshalb besonders ausgesprochen, weil aus der Haftung, die dem bisherigen Pfandgläubiger dem Verpfänder gegenüber obliegt, Bedenken gegen seine Verpflichtung zur Herausgabe des Pfandes hergeleitet werden könnten. Die Gefahr, die für den bisherigen Pfandgläubiger infolge jener Haftung mit der Herausgabe des Pfandes verbunden sein würde, kann er im Falle der freiwilligen Abtretung der Forderung vertragsmäßig abwenden, indem er, wenn er nicht den Übergang des Pfandrechts ausschließt (§ 1250 Abs. 2), sich doch den Besitz des Pfandes vorbehält und dadurch dem Herausgabeanspruche des neuen Pfandgläubigers gegenüber eine Einrede sichert. In den Fällen der Übertragung der Forderung durch Gesetz oder durch eine auf gesetzlicher Verpflichtung beruhende Abtretung wird der bisherige Pfandgläubiger mit der Herausgabe nach Abs. 2 Satz 3 des § 1251 von der ferneren Haftung befreit. Für den Fall der Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung gewährt ihm der § 838 der CPO. gegen den Herausgabeanspruch des neuen Pfandgläubigers die aufschiebende Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die ihn treffende Haftung (P. II Bd. 3 S. 485; D. S. 137 zum Ges., betr. Änderungen der CPO.).

Seiner rechtlichen Natur nach ist der im Abs. 1 anerkannte Anspruch nichts anderes als der dingliche Anspruch aus dem Pfandrechte. Er geht auf Einräumung des dem bisherigen Pfandgläubiger zustehenden Pfandbesitzes, mag dies unmittelbarer oder mittelbarer Allein- oder Mitbesitz sein (vgl. Wolff, Jherings Jahrb. 44 S. 204).

2. Der Abs. 2 regelt die persönliche Haftung des bisherigen und des neuen Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder. Die Haftung des Pfandgläubigers dem Verpfänder gegenüber für die Verwahrung des Pfandes (§ 1215), für die Unterlassung des Gebrauchs, beim Nutzungspfande für die Gewinnung der Nutzungen (§ 1214) und für die Rückgabe des Pfandes (§ 1223) beruht auf dem Pfandbestellungsvertrag oder den dispositiven Vorschriften über die aus diesem Vertrag entstehenden Verpflichtungen, nicht auf einem den Inhalt des Pfandrechts obligatorisch begrenzenden gesetzlichen Schuldverhältnisse, wie solches der E. I zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigentümer entstehen ließ (Erl. 1 zu § 1215). Es ist daher nicht, wie bei einem derartigen gesetzlichen Schuldverhältnisse, selbstverständlich, daß ein neuer Pfandgläubiger an Stelle des bisherigen in die Haftung dem Verpfänder gegenüber eintritt. Vielmehr beruht dieser Eintritt auf einem positiven Rechtssatze, der im Abs. 2 Satz 1 enthalten ist. Indem hier von dem Eintritte in die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder gesprochen wird, macht das Gesetz die durch den Pfandbestellungsvertrag begründeten Verpflichtungen gegen den Verpfänder zu solchen, welche dem jeweiligen im Besitze befindlichen Pfandgläubiger obliegen, und legt dadurch den entsprechenden Ansprüchen des Verpfänders die Natur von actiones in rem scriptae bei.

3. Die Haftung des neuen Pfandgläubigers beginnt nicht mit dem Erwerbe der Forderung und des Pfandrechts, sondern erst mit der Erlangung des Besitzes des Pfandes.

a) Der Besitz des neuen Pfandgläubigers kann unmittelbarer oder mittelbarer Allein- oder Mitbesitz sein. Daß der neue Pfandgläubiger den Besitz durch Herausgabe des Pfandes seitens des bisherigen Pfandgläubigers erlangt hat, ist nicht erforderlich.

b) Für die Zeit bis zur Erlangung des Besitzes durch den neuen Pfandgläubiger bleibt der bisherige Pfandgläubiger und nur dieser dem Verpfänder verpflichtet, auch wenn er infolge des Überganges des Pfandrechts schon aufgehört hat, Pfandgläubiger zu sein. Dies folgt daraus, daß die durch den Pfandbestellungsvertrag begründete Haftung an sich von der Fortdauer des Pfandrechts unabhängig ist und daß nach Abs. 2 Satz 1 der neue Pfandgläubiger erst mit der Erlangung des Besitzes an die Stelle des bisherigen tritt. Daß das Gesetz die Verpflichtungen als mit dem Pfandrechte verbundene kennzeichnet, kommt demgegenüber nicht in Betracht. Durch pflichtwidriges Verhalten des bisherigen Pfandgläubigers bis zur Erlangung des Besitzes durch den neuen Pfandgläubiger erlangt der Verpfänder hiernach nur gegen den bisherigen Pfandgläubiger Ansprüche und kann diese auch nach der Erlangung des Besitzes durch den neuen Pfandgläubiger nicht gegen letzteren geltend machen. Der E. I § 1187 Abs. 3 bestimmte für das von ihm allein berücksichtigte Verhältnis des Pfandgläubigers zum Eigentümer eine Ausnahme in betreff der Ansprüche, die dem Eigentümer wegen Verletzung seiner Rechte nach dem E. I § 1156 Abs. 2 zustanden. Die zweite Kommission hat die Vorschrift wegen der Seltenheit des darin vorausgesetzten Falles als entbehrlich gestrichen, aber angenommen, daß die Praxis auch ohne die Vorschrift zu demselben Ergebnisse kommen werde. Diese Annahme erscheint jedoch nicht zutreffend (a. A. Kober Erl. 2d zu § 1251). Es

fragt sich, ob der Verpfänder, wenn er vor der Erlangung des Besitzes durch den neuen Pfandgläubiger nach § 1217 gegen den bisherigen Pfandgläubiger den Anspruch auf Hinterlegung oder Ablieferung des Pfandes an einen Verwahrer oder auf Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers erlangt hat, diese Ansprüche nach der Erlangung des Besitzes durch den neuen Pfandgläubiger auch gegen letzteren geltend machen kann. Diese Frage dürfte zu verneinen sein. Die M. III S. 530 erkennen an, daß die dem E. I § 1187 Abs. 3 entsprechende Vorschrift des E. I § 1013 Abs. 2 über die Haftung des Erwerbers eines Nießbrauchs positiver Natur war. Ebenso läßt sich aber auch die Bejahung der vorbezeichneten Frage aus allgemeinen Grundsätzen nicht herleiten. Der § 1217 gibt dem Verpfänder persönliche Ansprüche gegen den seine Rechte verletzenden Pfandgläubiger, beschränkt aber nicht, wie die zweite Kommission annahm, den Inhalt des Pfandrechts, sodaß dieses nur noch mit der Beschränkung übertragen werden könnte; der dem bisherigen Pfandgläubiger gegenüber entstandene Rückgabeanspruch des Verpfänders begründet ferner keine Einrede für den bisherigen Pfandgläubiger oder den Verpfänder gegen den dinglichen Herausgabeanspruch des neuen Pfandgläubigers. Der Verpfänder kann daher die ihm nach § 1217 erwachsenen Ansprüche gegen den neuen Pfandgläubiger nicht geltend machen, und zwar selbst dann nicht, wenn sie vor der Erlangung des Besitzes durch diesen rechtshängig geworden sind. Die gegenteilige Ansicht kann für den letzteren Fall nicht, wie in den früheren Auflagen geschah, aus § 325 Abs. 1 der CPO. hergeleitet werden, da die Geltendmachung des persönlichen Anspruchs aus § 1217 die Sache nicht zu einer in Streit befangenen macht (so mit Recht Biermann Erl. 2 zu §§ 1250, 1251).

c) **Von der Erlangung des Besitzes durch den neuen Pfandgläubiger an** hat nur dieser noch die Verpflichtungen des Pfandgläubigers gegen den Verpfänder (vgl. Erl. 2 a. A.). Der Verpfänder kann also fortan nur noch vom neuen Pfandgläubiger Erfüllung verlangen und gegen ihn Ansprüche aus § 1217 geltend machen. Wird der neue Pfandgläubiger ihm aber wegen Nichterfüllung zum Schadensersatze verpflichtet, so tritt nach **Abs. 2 Satz 2** eine **akzessorische Haftung des bisherigen Pfandgläubigers** für die Erfüllung dieser Schadensersatzpflicht ein (vgl. § 571 Abs. 2 Satz 1). Diese Haftung bestimmt sich nach den für die Bürgschaft geltenden Vorschriften der §§ 768, 770, 774, 776; die Einrede der Vorausklage (§ 771) ist dem bisherigen Pfandgläubiger versagt, weil die Sicherheit des Verpfänders durch den Wechsel des Pfandgläubigers nicht vermindert werden soll.

Die Haftung des bisherigen Pfandgläubigers greift jedoch nicht in allen Fällen der Übertragung der Forderung Platz. Sie ist vielmehr nach **Abs. 2 Satz 3** ausgeschlossen in den Fällen

α) **der Übertragung der Forderung kraft Gesetzes**, vgl. z. B. § 268 Abs. 3, § 426 Abs. 2, §§ 774, 1143, 1225, § 1249 Satz 2;

β) **der Abtretung auf Grund einer gesetzlichen**, d. h. einer nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden, **Verpflichtung**, wie z. B. im Falle des § 281, wenn der dem Schuldner durch die Handlung eines Dritten erwachsende Ersatzanspruch durch Pfand (Kaution) gesichert ist.

In beiden Arten von Fällen würde die Fortdauer der Haftung dem bisherigen Pfandgläubiger gegenüber unbillig sein, weil ihm die Forderung und das Pfandrecht durch das Gesetz entzogen werden. Jene Haftung findet daher nur Anwendung in den Fällen der **freiwilligen Abtretung und der Überweisung** der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung. Im letzteren Falle wird jedoch der bisherige Pfandgläubiger vor Nachteilen, die ihm aus der akzessorischen Haftung entstehen können, anderweit geschützt (vgl. Erl. 1).

§§ 1252–1256.

Diese Vorschriften behandeln dem **Pfandrecht eigentümliche Erlöschungsgründe**, nämlich das Erlöschen der Forderung (§ 1252), die Rückgabe des Pfandes (§ 1253), insbesondere bei dem Bestehen einer zerstörenden Einrede gegen die Forderung (§ 1254), den Verzicht (§ 1255) und die Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum (§ 1256). **Als weitere Erlöschungsgründe** treten hinzu der Untergang des Pfandes (s. wegen etwaiger Ersatzansprüche Erl. 2 zu § 1212), die Übertragung der Forderung ohne das Pfandrecht (§ 1250 Abs. 2), die Übernahme der Schuld, für die das Pfand haftet, durch einen anderen ohne Einwilligung des Pfandeigentümers (§ 418 Abs. 1), die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes (§ 1242 Abs. 2), der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an der Sache und der Erwerb des Eigentums durch Ersitzung seitens eines in Ansehung des Pfandrechts gutgläubigen Erwerbers (§§ 936, 945), das Erlöschen des Eigentums an der Sache durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§ 949, § 950 Abs. 2), der Erwerb des Eigentums durch den Finder oder die Gemeinde des Fundorts (§ 973

§. 1252. Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht.

§. 1253. Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigenthümer zurückgiebt. Der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam.

Ist das Pfand im Besitze des Verpfänders oder des Eigenthümers, so wird vermuthet, daß das Pfand ihm von dem Pfandgläubiger zurückgegeben worden sei. Diese Vermuthung gilt auch dann, wenn sich das Pfand im Besitz eines Dritten befindet, der den Besitz nach der Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder dem Eigenthümer erlangt hat.

Abs. 1 Satz 2, § 976 Abs. 1). Vgl. auch § 964 Satz 2. Endlich gelten für das rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrecht die allgemeinen Vorschriften über die Beendigung der Wirkung eines Rechtsgeschäfts durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (§ 158 Abs. 2, § 163). Über die Wirkung der Aufnahme der Forderung in eine laufende Rechnung und der Anerkennung des Rechnungsabschlusses s. HGB. § 356 Abs. 1

§ 1252.

E. I § 1152 Abs. 1; II § 1159 rev. § 1237; III § 1235.
P. I S. 5503 ff., 5519, 5661 ff., 5667 f., 6185 f., 6252, 6256; M. III S. 840 f. P. II Bd. 3 S. 490 f.

Die Vorschrift enthält eine Folgerung aus der akzessorischen Natur des Pfandrechts (Erl. 2b α zu § 1204) und ist nur der Deutlichkeit wegen aufgenommen. Ein der Eigentümerhypothek (§ 1163 Abs. 1 Satz 2) entsprechendes Eigentümerpfandrecht ist hier mangels Bedürfnisses nicht anerkannt (s. aber Erl. 3 zu § 1256). Über das Erlöschen der Forderung vgl. Bd. II S. 207 Vorbm. Die Forderung muß ihrem ganzen aus § 1210 ersichtlichen Umfange nach erloschen sein. Das Pfandrecht für eine künftige Forderung erlischt auch, sobald feststeht, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt (ebenso Dernburg Bd. 2 S. 790). Steht der Forderung nur eine die Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegen, so ist sie nicht erloschen. Es findet daher nicht der § 1252 Anwendung; der Fall ist aber im § 1254 besonders geregelt.

Die Befriedigung des Gläubigers hat in den gesetzlich bestimmten Fällen (Erl. 3c α zu § 1251) nicht das Erlöschen der Forderung, sondern deren Übergang auf den Befriedigenden zur Folge.

Beruht das Erlöschen der Forderung auf einem Grunde, der nachträglich entkräftet wird, so bestimmt sich die Einwirkung dieser Tatsache auf das Pfandrecht nach den für den einzelnen Fall maßgebenden Vorschriften, wenn das Erlöschen z. B. auf einem anfechtbaren und angefochtenen Verzichte des Schuldners beruht, nach § 142 Abs. 1. Für den Fall der Hinterlegung vgl. Bd. II S. 240 Erl. 1 zu § 379.

§ 1253.

E. I § 1191; II § 1159 rev. § 1237; III § 1235. P. I S. 5662 ff., 5678, 6136; M. III S. 839 f.
P. II Bd. 3 S. 487 ff.

1. **Der Abs. 1 erkennt die Rückgabe des Pfandes durch den Pfandgläubiger als einen besonderen, dem Pfandrecht eigentümlichen Erlöschungsgrund an, der Abs. 2 stellt für gewisse Fälle eine Vermutung der erfolgten Rückgabe auf.** Die Wirkung der Rückgabe beruht nicht auf der Betätigung des Verzichtswillens (RG. 57 S. 324); denn die Rückgabe hebt das Pfandrecht selbst dann auf, wenn sie unter Vorbehalt des Pfandrechts erfolgt, auch sind die Erfordernisse der Aufhebung durch Verzicht im § 1255 anderweit geregelt. Das Erlöschen des Pfandrechts durch Rückgabe beruht vielmehr auf derselben Erwägung wie das Verbot der Pfandbestellung durch constitutum possessorium (Erl. 1b γ zu § 1205); wie dieses Verbot die Beteiligten hindern soll, ein für Dritte unerkennbares Pfandrecht zu begründen, so sollen sie durch die hier an die Rückgabe geknüpfte Wirkung verhindert werden, die Erkennbarkeit des Pfandrechts unter Aufrechterhaltung des letzteren aufzuheben. Dagegen geht das BGB. nicht so weit, von der Erkennbarkeit durch Besitz schlechthin die Fortdauer des Pfandrechts abhängig zu machen, wie es namentlich der code civil Art. 2076 tat. **Bei unfreiwilligem Besitzverluste des Pfandgläubigers bleibt vielmehr das Pfandrecht bestehen**

(a. A. für den Fall der verbotenen Eigenmacht des Verpfänders Endemann Bd. 2 S. 910 Anm. 17), und kann während der regelmäßigen Verjährungsfrist gegen jeden Besitzer geltend gemacht werden, solange es nicht nach den Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbes oder aus sonstigen Gründen erloschen ist.

2. **Die Voraussetzung des Abs. 1 Satz 1**, daß der Pfandgläubiger das Pfand zurückgibt, ist erfüllt:

a) bei unmittelbarem Alleinbesitz des Pfandgläubigers (§ 1205 Abs. 1) durch Einräumung des unmittelbaren Alleinbesitzes, Übergabe (vgl. Erl. 1a und 3 zu § 854), Herausgabe an einen Dritten, der dem Verpfänder ꝛc. mittelbaren Besitz vermittelt, oder Einräumung eines unmittelbaren Mitbesitzes ohne Mitverschluß (ebenso Wolff, Jherings Jahrb. 44 S. 202 ff.);

b) bei mittelbarem Alleinbesitze des Pfandgläubigers (§ 1205 Abs. 2) durch Übertragung des mittelbaren Alleinbesitzes (§ 870), wobei es einer dem § 1205 Abs. 2 entsprechenden Anzeige an den vermittelnden Besitzer nicht bedarf, ferner durch Herausgabe des Pfandes seitens des vermittelnden Besitzers mit Willen des Pfandgläubigers, nicht dagegen durch Einräumung eines mittelbaren Mitbesitzes der im § 1206 bezeichneten Art;

c) bei unmittelbarem oder mittelbarem Mitbesitze des Pfandgläubigers (§ 1206) durch Einräumung des unmittelbaren oder mittelbaren Alleinbesitzes.

In allen diesen Fällen finden auf die Rückgabe die Vorschriften über Rechtsgeschäfte (in bezug auf Geschäftsfähigkeit, Willensmängel ꝛc.) teils unmittelbare, teils entsprechende Anwendung.

Zur Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzung genügt nicht nur, wie nach dem E. I, die Rückgabe an den Eigentümer, sondern auch die Rückgabe an den vom Eigentümer verschiedenen Verpfänder, weil auch diesem ein Anspruch auf Rückgabe des Pfandes im § 1223 Abs. 1 gegeben ist. Rückgabe an den Eigentümer liegt nur vor, wenn sie in Kenntnis seines Eigentums erfolgt ist; Rückgabe ohne diese Kenntnis bringt das Pfandrecht nicht zum Erlöschen (ebenso Cosack Bd. 2 S. 301; a. A. Biermann Erl. 1, der nur Anfechtung der Rückgabe wegen Irrtums zulassen will).

Ob die Rückgabe freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, macht keinen Unterschied. Auch daß die Rückgabe auf Grund besonderen Vertrags, z. B. eines Leihvertrags, erfolgt, nimmt ihr nicht die im § 1253 bestimmte Wirkung (Rspr. 2 S. 80).

Der Rückgabe steht anderweitige Rückerlangung des Besitzes mit Zustimmung des Pfandgläubigers gleich.

Bei einem durch Anbringung von Pfandzeichen begründeten Pfändungspfandrecht entspricht der Rückgabe die Wegnahme der Pfandzeichen mit Willen des Gläubigers, wenn auch ohne Verzichtswillen (RG. 57 S. 323).

3. **Der Abs. 1 Satz 2** enthält nicht einen selbständigen Rechtssatz, sondern eine Verdeutlichung des Satz 1, indem er klarstellt, daß die Rückgabe als solche das Pfandrecht zum Erlöschen bringt. Wie es hiernach zur Aufhebung des Rechtes nicht der Kundgebung des Willens, daß das Recht erlöschen soll, bedarf, so kann auch die Kundgebung des entgegengesetzten Willens, der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts, die Wirkung der Rückgabe nicht hindern. Der Vorbehalt kann jedoch einen Anspruch auf Neubestellung des Pfandrechts begründen (Dernburg Bd. 3 S. 809; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 515).

4. **Abs. 2.** Da zum Begriffe der Rückgabe die Wiedererlangung des Besitzes mit Willen des Pfandgläubigers gehört, so müßte auch das letztere Erfordernis nach allgemeinen Grundsätzen von demjenigen bewiesen werden, welcher sich auf das Erlöschen des Pfandrechts durch Rückgabe beruft, und mangels dieses Nachweises würde der Pfandgläubiger, der nur die Entstehung seines Pfandrechts nachgewiesen hätte, mit dem auf dieses gestützten Anspruch auf Herausgabe durchdringen. Eine solche Regelung der Beweislast würde jedoch den Zweck der Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 teilweise vereiteln und auch mit dem Grundgedanken des § 1006 in Widerspruch stehen, der dem gegenwärtigen Besitzer gegenüber dem Eigentumsanspruche des früheren Besitzers die Gefahr der Beweislast abnimmt. Durch die im Abs. 2 aufgestellte Vermutung der Rückgabe wird deshalb die Beweislast umgekehrt.

a) Voraussetzung der Vermutung ist, daß sich das Pfand im unmittelbaren oder mittelbaren Alleinbesitze des Verpfänders oder des Eigentümers oder eines Dritten befindet, der den Besitz nach der Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder dem Eigentümer erlangt hat. Daß der Dritte einem dieser beiden mittelbaren Besitz vermittelt, ist nicht erforderlich; es genügt auch, wenn er die Sache dem Verpfänder oder dem Eigentümer gestohlen hat.

§. 1254. Steht dem Pfandrecht eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Pfandrechts dauernd ausgeschlossen wird, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes verlangen. Das gleiche Recht hat der Eigenthümer.

---

b) Die Vermutung dient zunächst dem im Besitze des Pfandes befindlichen Verpfänder, Eigentümer oder Dritten zur Abwehr des dinglichen Herausgabeanspruchs des Pfandgläubigers und zwingt diesen, außer der Entstehung des Pfandrechts auch den unfreiwilligen Verlust des Besitzes des Pfandes nachzuweisen, der übrigens nur bei unmittelbarem Allein- oder Mitbesitze des Pfandgläubigers in Frage kommen kann.

Die Vermutung ist aber nicht, wie die des § 1006, nur zugunsten des gegenwärtigen Besitzers aufgestellt. Auch wer sonst das Erlöschen des Pfandrechts nachzuweisen hat, kann sich daher auf sie berufen.

§ 1254.

E. I § 1192 Abs. 2; II § 1161 rev. § 1239; III § 1237.
P. I S. 5503 ff., 5519, 5661 ff., 5667 f., 6185 f., 6252, 6256; M. III S. 841. P. II Bd. 3 S. 490 ff.

1. **Zweck.** Steht dem Pfandrecht eine die Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegen, so wird es dadurch nicht aufgehoben; das in der Einrede liegende Hindernis der Geltendmachung kann sogar wegfallen, wenn auch nur durch den freiwilligen Verzicht des Einredeberechtigten. Das Pfandrecht ist materiell wertlos, sein formelles Fortbestehen würde aber den Verpfänder und den Eigentümer an der Rückerlangung des Pfandes hindern. Diesem Übelstande wird durch den § 1254 abgeholfen (vgl. § 1169).

2. **Die Voraussetzung** der Vorschrift ist gegeben:

a) wenn der Forderung eine ihre Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegensteht (Erl. 1 b zu § 1211). Der Verzicht des persönlichen Schuldners auf eine Einrede entzieht dem Verpfänder, der nicht selbst der Schuldner ist, die Einrede nicht (§ 1211 Abs. 2) und läßt daher auch das im § 1254 bestimmte Recht des Verpfänders unberührt; dasselbe wird von dem Eigentümer gelten müssen, da der Satz 2 ihm das gleiche Recht wie dem Verpfänder beilegt.

Eine Ausnahme von der Vorschrift des § 1254 ergibt sich für die Einrede der Verjährung aus § 223 Abs. 1, wonach die Verjährung das Recht des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande bestehen läßt;

b) wenn dem Pfandrechte selbst eine die Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegensteht, insbesondere deshalb, weil der Pfandgläubiger das Pfandrecht ohne rechtlichen Grund oder durch eine unerlaubte Handlung erlangt hat. In diesen Fällen hat der Verpfänder sowie der Eigentümer ihm gegenüber den persönlichen Anspruch auf Aufhebung des Pfandrechts und daher auch eine zerstörende Einrede gegen das Pfandrecht und folgeweise auch das im § 1254 bestimmte Recht.

3. **Das unter der bezeichneten Voraussetzung dem Verpfänder und dem Eigentümer gewährte Recht** geht dahin, die Rückgabe des Pfandes zu verlangen. Dieser Anspruch bietet, da mit der Rückgabe das Pfandrecht erlischt (§ 1253 Abs. 1 Satz 1), ein Mittel, das Pfandrecht zum Erlöschen zu bringen. Unter Rückgabe ist hier dasselbe zu verstehen wie im § 1253 (Erl. 2 a—c zu diesem). Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift ist aber für den Verpfänder und den Eigentümer nicht dieselbe.

a) Der Rückgabeanspruch des Verpfänders erfordert zu seiner Begründung regelmäßig den Nachweis des Erlöschens des Pfandrechts (§ 1223 Abs. 1). Nach § 1254 Satz 1 genügt statt dieses Nachweises der des Bestehens einer zerstörenden Einrede.

b) Der Rückgabeanspruch des Eigentümers erfordert dagegen zu seiner Begründung nur den Nachweis des Eigentums. Der § 1254 Satz 2 gibt dem Eigentümer nur gegen die Einrede aus dem Pfandrechte die Replik, daß diesem eine zerstörende Einrede entgegensteht. Der Eigentümer braucht also nicht, wie der Verpfänder, das Bestehen einer solchen Einrede zur Begründung seines Anspruchs nachzuweisen.

Untereinander stehen der Verpfänder und der Eigentümer, da der § 1254 jedem von beiden den Anspruch auf Rückgabe gewährt, im Verhältnisse von Gesamtgläubigern (§ 428); die Vorschrift des § 432 findet daher auf sie keine Anwendung (a. A. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1127; wie hier Biermann, Kober).

§. 1255. Zur Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigenthümer, daß er das Pfandrecht aufgebe.

Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

§. 1256. Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigenthum in derselben Person zusammentrifft. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist.

Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen, soweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat.

---

§ 1255.

E. I § 1189; II § 1162 rev. § 1240; III § 1238. P. I S. 5659, 5661, 6252, 6256; M. III S. 838. P. II Bd. 3 S. 487; Bd. 6 S. 245.

Der § 1255 regelt die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Pfandrechts in Übereinstimmung mit dem für Rechte an Grundstücken und für den Nießbrauch an beweglichen Sachen geltenden Vorschriften (§ 875 und Erl. 2, 3 dazu, § 876 nebst Erl. 1, 2; § 1064).

Erforderlich ist demnach:

a) stets der dem Verpfänder oder dem Eigentümer gegenüber zu erklärende einseitige Verzicht des Pfandgläubigers. Herstellung des der Aufhebung des Pfandrechts entsprechenden Zustandes durch Rückgabe des Pfandes wird hier, im Gegensatze zu dem Erfordernisse der Löschung bei Rechten an Grundstücken, nicht erfordert. Die Rückgabe des Pfandes ist, auch wenn sie in der Absicht des Verzichts erfolgt, nicht nach § 1255 zu beurteilen, so daß ihre das Pfandrecht aufhebende Wirkung noch gegebenenfalls von der nach Abs. 2 erforderlichen Zustimmung eines Dritten abhinge, sondern ist nach § 1253 selbständiger Erlöschungsgrund;

b) falls das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, außerdem die Zustimmung des Dritten. Als solche Rechte kommen Nießbrauch und Pfandrecht in Betracht. Da beide an einem Rechte nur soweit bestellt werden können, als das Recht übertragen werden kann (§ 1069 Abs. 2, § 1274 Abs. 2), so kann ein Pfandrecht nach § 1250 Abs. 1 Satz 2 nur zugleich mit der Forderung mit ihnen belastet werden. Die Zustimmung muß demjenigen gegenüber erklärt werden, zu dessen Gunsten sie erfolgt, d. h. dem Verpfänder oder dem Eigentümer gegenüber ohne Rücksicht darauf, welchem von beiden gegenüber der Pfandgläubiger den Verzicht erklärt, oder auch, wenn die Aufhebung des Pfandrechts zugunsten eines dem Pfandgläubiger nachstehenden Nießbrauchers oder Pfandgläubigers erfolgt, diesem gegenüber, nicht dagegen (abweichend von § 182 Abs. 1) dem verzichtenden Pfandgläubiger gegenüber. Die Zustimmung ist, im Gegensatze zu § 183, unwiderruflich. Die Vorschriften des § 182 Abs. 3 und des § 184 finden auf die hier erforderte Zustimmung Anwendung.

Über die Frage, inwieweit das Aufgeben eines Pfandrechts eine Schenkung enthält, s. Bd. II Erl. 2 zu § 517; über das Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts s. § 1822 Nr. 13.

§ 1256.

E. I § 1193; II § 1163 rev. § 1241; III § 1239. P. I S. 5659 ff.; M. III S. 842. P. II Bd. 3 S. 492.

Die Vorschriften des § 1256 über das Erlöschen des Pfandrechts durch Vereinigung mit dem Eigentume (Konsolidation) stimmen im Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 mit den für den Nießbrauch geltenden Bestimmungen des § 1063 überein.

1. **Abs. 1 Satz 1. Die Vereinigung kann eintreten** dadurch, daß der Eigentümer die Forderung und mit ihr das Pfandrecht, oder dadurch, daß der Pfandgläubiger das Eigentum erwirbt, und zwar in beiden Fällen durch Erbfolge oder Sondernachfolge. Im Falle der Erbfolge wird die Vereinigung in den Fällen der §§ 1976, 1991, 2143, 2175, 2377 zugunsten der Nachlaßgläubiger, des Nacherben, des Vermächtnisnehmers oder des Erbschaftskäufers als nicht eingetreten behandelt. Sondernachfolge des Eigentümers in die Forderung tritt insbesondere kraft Gesetzes ein, wenn der nicht persönlich haftende Eigentümer den Pfandgläubiger befriedigt

(§ 1249). Ist dagegen der den Gläubiger befriedigende Eigentümer selbst Schuldner, so erlischt die Forderung und mit ihr nach § 1252 das Pfandrecht, es sei denn, daß sie mit dem Nießbrauch oder dem Pfandrecht eines Dritten belastet ist. Im letzteren Falle bleibt die Forderung mit Rücksicht auf das Recht des Dritten, solange dieses besteht, von ihrer Vereinigung mit der Verbindlichkeit in einer Person unberührt (vgl. Erl. 5 zu § 1071 und Erl. 3 zu § 1279). Mit der fortbestehenden Forderung vereinigt sich also in diesem Falle das Pfandrecht mit dem Eigentum in einer Person. Doch findet hier nicht die Regel des § 1256 Abs. 1 Satz 1, sondern die Ausnahmevorschrift des Abs. 1 Satz 2 daselbst Anwendung.

2. **Der Abs. 1 Satz 2 enthält eine Ausnahme von Satz 1**, die, ebenso wie der § 1255 Abs. 2, den Zweck hat, die Unzuträglichkeiten einer nur relativen Aufhebung des Pfandrechts zu vermeiden (vgl. Kretschmar, Theorie der Konfusion S. 246 f.). Ist die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrechte belastet, so bleibt sie und mit ihr das Pfandrecht bis zum Wegfalle der Belastung bestehen, und zwar gilt dies nach dem in der Erl. 1 a. E. Bemerkten auch dann, wenn der Eigentümer selbst der Schuldner ist. Auch in den Fällen des Abs. 1 Satz 1 behält das Pfandrecht seinen akzessorischen Charakter; es entsteht nicht etwa ein der Eigentümerhypothek entsprechendes von der Forderung unabhängiges Eigentümerpfandrecht.

3. **Der Abs. 2** scheint nach der Fassung nicht eine Ausnahme von Abs. 1 Satz 1, sondern einen in Fiktionsform gekleideten selbständigen Rechtssatz zu enthalten. Die Vorschrift hat nach den M. III S. 842 den Fall im Auge, daß bei der Vereinigung eines älteren Pfandrechts mit dem Eigentume jenes Recht wegen des Vorhandenseins anderer jüngerer den Wert der Sache erschöpfender Pfandrechte als das wertvollere erscheint, und soll der Unbilligkeit vorbeugen, daß in solchem Falle die Rechtsvereinigung zum materiellen Nachteile desjenigen ausschlägt, in dessen Person „ein Überfluß von Recht stattfindet". In der Tat hat der Eigentümer daran, daß das Pfandrecht trotz der Vereinigung als nicht erloschen gilt, nur im Verhältnisse zu Dritten, denen ein dem Pfandrechte nachstehendes Recht an der Sache zusteht, ein rechtliches Interesse, weil diesen gegenüber ihm zwar das Pfandrecht, nicht aber das Eigentum den Vorrang sichert (oben S. 128 Erl. 2 zu § 889), während im übrigen das Eigentum nicht geringere Befugnisse gewährt als das Pfandrecht. Der Abs. 2 findet also nur Anwendung, wenn an der Sache außer dem Pfandrechte, das sich mit dem Eigentum vereinigt, ein ihm nachstehendes Pfandrecht oder ein nachstehender Nießbrauch besteht. Der Abs. 2 bestimmt jedoch, abweichend von Abs. 1 Satz 2, nicht, daß, solange eine solche Belastung besteht, das Erlöschen des Pfandrechts nicht eintritt, sondern nur, daß das Pfand als nicht erloschen gilt, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen hat. Ein derartiges Interesse besteht vor allem in bezug auf die Verteilung des Erlöses aus einem von dem nachstehenden Pfandgläubiger betriebenen Verkaufe des Pfandes; hieran ist nach den Motiven vorwiegend gedacht. Ein gleiches Interesse besteht aber ferner auch in bezug auf das Recht des Eigentümers, dem nachstehenden Nießbraucher oder Pfandgläubiger die Herausgabe der Sache zu verweigern und seinerseits von ihnen die Herausgabe zu verlangen. Nicht minder hat der Eigentümer an dem Fortbestehen des Pfandrechts insofern ein Interesse, als ihn das Fortbestehen in den Stand setzt, die Forderung mit dem vorgehenden Pfandrechte weiter zu übertragen. Nach allen diesen Richtungen gilt nach Abs. 2 das Pfandrecht als nicht erloschen. Man wird daher dieser Vorschrift nicht nur die Bedeutung beimessen können, daß dadurch das Eigentum mit einem Schutze gegenüber den nachstehenden Berechtigten ausgestattet wird, wie Jacubezky S. 293 im Anschluß an Dernburg, Pandekten Bd. I S. 292 Nr. 3 annimmt (s. auch Seuff. A. 58 S. 126). Vielmehr dürfte die Auffassung zutreffender sein, daß auch nach Abs. 2, solange die Sache mit einem nachstehenden Rechte belastet ist, das Pfandrecht trotz der Vereinigung mit dem Eigentume nicht erlischt. Es entsteht somit ein der Hypothek des Eigentümers ähnliches Rechtsverhältnis (§ 1177 Abs. 2), auf welches auch die Vorschrift des § 1197 Abs. 1 dahin entsprechend anzuwenden ist, daß der Eigentümer nicht den Verkauf des Pfandes zum Zwecke seiner Befriedigung selbst betreiben kann (im Ergebnis übereinstimmend, aber gegen die hier gegebene Begründung Biermann; a. A. Gerland in Grünhuts Z. 25 S. 347). Der § 1256 Abs. 2 führt nach dieser Auslegung also im wesentlichen zu denselben Ergebnissen wie die von Windscheid Bd. I § 248 Nr. 4 für das gemeine Recht vertretene Auffassung.

Der Abs. 2 enthält nur eine Einschränkung der Regel des Abs. 1 Satz 1. Er gilt daher, ebenso wie diese Regel, nicht für den Fall, daß sich in der Person des Eigentümers die Forderung

§. 1257. Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung.

---

und die Verbindlichkeit vereinigen und erstere dadurch erlischt (ebenso Biermann, Cosack Bd. 2 S. 302, Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 510, Kober Erl. 2b δ; a. A. Endemann Bd. 2 S. 898 Anm. 19, Kretschmar, Theorie der Konfusion 1899 S. 228).

§ 1257.

E. II § 1164 rev. § 1242; III § 1240.

1. **Entstehung.** Der E. I ordnete in dem vom Pfandrecht an beweglichen Sachen handelnden Titel nur das durch Rechtsgeschäft begründete Pfandrecht. Über die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf die gesetzlichen Pfandrechte bemerkten die M. III S. 797, eine aushilfsweise Heranziehung der Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Begründung werde bei der inneren Verschiedenheit des zur Begründung der gesetzlichen Pfandrechte erforderten Tatbestandes kaum in irgendeinem Punkte gerechtfertigt sein. Anders liege die Sache in betreff des Inhalts des Pfandrechts; doch bleibe auch hier im einzelnen zu prüfen, inwieweit die Gesetze, welche ein gesetzliches Pfandrecht gewähren, für die Anwendung der Vorschriften über den Inhalt des rechtsgeschäftlich begründeten Pfandrechts Raum lassen. Die zweite Kommission hat sich dieser Auffassung sachlich angeschlossen, aber die Aufnahme einer sie klarstellenden ausdrücklichen Vorschrift für zweckmäßig erachtet. Die Protokolle zweiter Lesung ergeben über den Beschluß nichts. Die Vorschrift des jetzigen § 1257 ist von der Redaktionskommission vorgeschlagen und von der Kommission stillschweigend gebilligt worden.

2. **Die Vorschrift des § 1257** gilt für alle kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechte an einer beweglichen Sache. Ein solches gewährt:

a) das BGB. demjenigen, für welchen Geld oder Wertpapiere zur Sicherheitsleistung hinterlegt sind, an dem Hinterlegten oder der landesgesetzlich an die Stelle tretenden Forderung des Hinterlegers auf Rückerstattung (§ 233);

dem Vermieter oder Verpächter eines Grundstücks an den eingebrachten Sachen des Mieters oder Pächters (§§ 559—563, § 581 Abs. 2, § 585);

dem Pächter eines Grundstücks nebst Inventar an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken (§ 590);

dem Unternehmer eines Werkes an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, die bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind (§ 647);

dem Gastwirt an den eingebrachten Sachen des Gastes (§ 704);

b) das HGB. dem Kommissionär an dem in seinem Besitze befindlichen Kommissionsgute (§ 397);

dem Spediteur an dem in seinem Besitze befindlichen Gute (§ 410);

dem Lagerhalter an dem in seinem Besitze befindlichen Gute (§ 421);

dem Frachtführer an dem Gute (§§ 440, 441);

dem Verfrachter im Seehandel an den Gütern und den von den Reisenden an Bord gebrachten Sachen (§§ 623, 674);

dem Vergütungsberechtigten im Falle der großen Haverei an dem Schiffe, dessen Zubehör und den beitragspflichtigen Gütern (§§ 725, 731);

dem Gläubiger wegen der Bergungs- und Hilfskosten an den geborgenen oder geretteten Gegenständen (§ 751 und Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 §§ 20, 21);

den Schiffsgläubigern an dem Schiffe und dessen Zubehör (§§ 755—758; vgl. Lüerssen, Das Schiffsgläubigerrecht und die übrigen seerechtlichen Pfandrechte 1902);

c) das Gesetz, betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt (in der Fassung v. 20. Mai 1898) dem Vergütungsberechtigten im Falle der großen Haverei (§ 89);

dem Gläubiger wegen der Bergungs- und Hilfskosten (§ 97);

den Schiffsgläubigern (§ 103);

d) das Gesetz, betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei, v. 15. Juni 1895 den Entschädigungsberechtigten an dem Floße (§ 22 Abs. 2);

dem Gläubiger wegen der Bergungs- und Hilfskosten (§ 23).

§. 1258. Besteht ein Pfandrecht an dem Antheil eines Miteigenthümers, so übt der Pfandgläubiger die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigenthümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben.

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers nur von dem Miteigenthümer und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich verlangt werden. Nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung kann der Pfandgläubiger die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, ohne daß es der Zustimmung des Miteigenthümers bedarf; er ist nicht an eine Vereinbarung gebunden, durch welche die Miteigenthümer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt haben.

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an den Gegenständen, welche an die Stelle des Antheils treten.

Das Recht des Pfandgläubigers zum Verkaufe des Antheils bleibt unberührt.

---

e) In betreff des **privilegierten Pfandrechts** wegen öffentlicher Abgaben an **zoll- und steuerpflichtigen Sachen** vgl. Vereins-Zollges. v. 1. Juli 1869 §§ 14, 100; EG. z. Ges., betr. Änderungen der KO. Art. III verb. mit KO. § 41 Abs. 2 (§ 49 Abs. 2 der neuen Fassung).

3. **Bei den einzelnen gesetzlichen Pfandrechten bestimmt sich**

a) **die Entstehung** ausschließlich nach den besonderen dafür gegebenen Vorschriften. Der § 1257 greift nicht Platz. Die Vorschriften über **die Bestellung** des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft finden auch keine entsprechende Anwendung. Das ist zwar in bezug auf die Vorschriften der §§ 1207, 1208 über den Schutz des guten Glaubens bei dem Erwerbe des Pfandrechts bestritten worden (**Staub**, Kommentar zum HGB. Anm. 75 zu § 368 S. 1204; **Scherer** DJZ. 1900 S. 202, 318; **Windscheid-Kipp** Bd. 1 S. 1043; bezüglich der durch Besitzerwerb bedingten gesetzlichen Pfandrechte auch **Düringer-Hachenburg** Bd. 2 S. 474; **Gierke**, Sachenrecht S. 977 f.), ergibt sich aber mit voller Deutlichkeit aus dem Wortlaute des § 1257 („auf ein kraft Gesetzes **entstandenes** Pfandrecht"), entspricht ferner der in Erl. 1 erwähnten Ausführung der M. III S. 797 (vgl. auch Bd. II Erl. 2c zu § 559) und wird überdies noch mittelbar bestätigt durch die Sondervorschrift des HGB. § 366 Abs. 3, der das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers (vgl. auch § 623 Abs. 3) hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäß § 366 Abs. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleichstellt (ders. Ans. u. a. **Wendt**, Arch. f. civ. Pr. 39 S. 31 ff.; **Biermann** Erl. 2 zu § 1257; **Buhl** S. 127; **Dernburg** Bd. 3 S. 785 Anm. 9; DJZ. 1900 S. 225, Recht 1900 S. 296, 1901 S. 525; jetzt auch **Endemann** Bd. 2 S. 900 Anm. 33, 914 und **Kober** Erl. II, 1; Rspr. 2 S. 80, 3 S. 28, 4 S. 329, DJZ. 1903 S. 60).

b) **Auf das entstandene Pfandrecht** finden dagegen die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung. Jedoch gelten wiederum in erster Linie die für das einzelne gesetzliche Pfandrecht gegebenen besonderen Vorschriften, z. B. über das Rangverhältnis (HGB. §§ 443, 767 ff., 776, 777), den Verkauf des Pfandes (ebenda § 368 Abs. 2, § 440 Abs. 4, § 625 Abs. 4) 2c. Wie sich die entsprechende Anwendung gestaltet, kann somit nur im Zusammenhange mit den für die einzelnen Fälle geltenden besonderen Vorschriften festgestellt werden (vgl. z. B. Erl. 1 zu § 559, Erl. 3 zu § 561).

§ 1258.

E. I § 1184; II § 1165 rev. § 1243; III § 1241. P. I S. 5471 ff., 6252, 6256, 6268, 6273; M. III S. 834 ff. P. II Bd. 3 S. 482; Bd. 4 S. 600.

1. Der **§ 1258** enthält, entsprechend dem § 1066, **einige Sondervorschriften** über **das Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers.** Auf ein solches Pfandrecht finden im übrigen die Vorschriften der §§ 1204—1257 Anwendung.

2. **Voraussetzung der Vorschriften** ist:

a) daß Gegenstand des Pfandrechts **der Anteil eines Miteigentümers** ist, d. h. der Anteil eines Miteigentümers im Sinne der §§ 1008 ff., nicht der Anteil an einer in einer

Gemeinschaft zur gesamten Hand stehenden Sache, insbesondere nicht an einer solchen, welche zu einem Gesellschaftsvermögen, einem gütergemeinschaftlichen Gesamtgut oder einem ungeteilten Nachlasse gehört (§ 719 Abs. 1, § 1442 Abs. 1, § 1487 Abs. 1, § 1519 Abs. 2, § 1549, § 2033 Abs. 2).

b) Ob das Pfandrecht durch Rechtsgeschäft bestellt oder kraft Gesetzes entstanden ist, unterscheidet der § 1258 nicht. Für die rechtsgeschäftliche Bestellung gelten die Vorschriften der §§ 1205—1208. Erforderlich ist außer der Einigung Einräumung des dem Miteigentümer zustehenden unmittelbaren Mitbesitzes (Wolff in Jherings Jahrb. 44 S. 201) oder Übertragung des ihm zustehenden mittelbaren Besitzes und Anzeige von der Verpfändung an den vermittelnden Besitzer (Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 487). Kraft Gesetzes kann ein Pfandrecht sowohl von vornherein an dem Anteil eines Miteigentümers entstehen, z. B. an Sachen, die im Miteigentume des Mieters und eines Dritten, etwa seines Ehegatten, stehen, als auch nachträglich durch gesetzliche Übertragung des an einer ganzen Sache bestellten Pfandrechts auf den Anteil des Eigentümers an der durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung entstandenen Sache (Erl. 1b zu § 949, Erl. 2d zu § 950).

Auf das durch Pfändung erworbene Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers finden die Vorschriften des § 1258 Abs. 1 nach der CPO. § 804 Abs. 1 (Struckmann-Koch Erl. 3 zu § 804) gleichfalls Anwendung, wie sich insbesondere durch argumentum a contrario aus § 725 Abs. 2 verglichen mit § 751 Satz 2 ergibt; dagegen sind die Abs. 2—4 des § 1258 auf das Pfändungspfandrecht nicht anwendbar (vgl. § 751 Satz 2).

3. Abs. 1. Wie das Pfandrecht an einer ganzen Sache zum Besitze, so berechtigt das Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers zum Mitbesitze der Sache (Erl. 2b β zu § 1204). Zur Wahrung dieses Rechtes überträgt der Abs. 1 dem Pfandgläubiger auch die Ausübung der Rechte, die sich in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung aus der Gemeinschaft der Miteigentümer ergeben.

a) Die Rechte der Miteigentümer wegen der Verwaltung sind in den §§ 744—746 bestimmt, die Rechte wegen der Art der Benutzung in den §§ 745, 746. Nur bezüglich der Art der Benutzung, nicht bezüglich der Benutzung ist der Pfandgläubiger nach Abs. 1 zur Ausübung der Rechte des Miteigentümers befugt, nicht also zur Ausübung der dem Miteigentümer nach § 743 zustehenden Rechte auf einen Bruchteil der Früchte oder auf den Mitgebrauch der Sache, es sei denn, daß ihm ein Nutzungspfandrecht (§§ 1213, 1214) bestellt ist (übereinstimmend Biermann Erl. 1b). An den Früchten, die dem beteiligten Miteigentümer zufallen, erwirbt der Pfandgläubiger nach § 1212 das Pfandrecht.

b) Der beteiligte Miteigentümer hat gegen Überschreitung der Befugnisse des Pfandgläubigers nur die Ansprüche aus dem Eigentume, der Verpfänder nur die persönlichen Ansprüche auf Grund der Pfandbestellung.

c) Die Verpflichtungen aus der Gemeinschaft verbleiben dem beteiligten Miteigentümer allein.

4. Nach Abs. 2 ist in betreff des Rechtes, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen (§§ 749—751), zu unterscheiden:

a) die Zeit vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung (vgl. § 1228 Abs. 2). Während dieser Zeit äußert sich die pfandrechtliche Belastung des Anteils nur darin, daß der beteiligte Miteigentümer das ihm zustehende Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nur gemeinschaftlich mit dem Pfandgläubiger ausüben kann (Satz 1), weil die Aufhebung zu einer Umwandelung des Gegenstandes des Pfandrechts führt. Einen selbständigen Anspruch auf Aufhebung hat der Pfandgläubiger nicht. Beide haben auch nicht gegen einander einen Anspruch auf Mitwirkung zur Geltendmachung des Anspruchs auf Aufhebung (a. A. Biermann).

b) die Zeit nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung (Satz 2). Nach den allgemeinen Vorschriften würde der Pfandgläubiger nur das Recht zum Verkaufe des Anteils erlangen. Dieses Recht bleibt auch, wie der Abs. 4 klarstellt, unberührt. Der Pfandgläubiger hat dabei übrigens nicht etwa den Anspruch auf Herausgabe gegen die mitbesitzenden Miteigentümer nach § 1231. Der Verkauf eines Anteils wird jedoch regelmäßig für den beteiligten Miteigentümer selbst unvorteilhaft sein, weil die Aussicht auf die spätere Auseinandersetzung und die Ungewißheit ihres Ergebnisses den Erlös ungünstig beeinflussen, und durch den Verkauf des Anteils kann der Pfandgläubiger anderseits dem Erwerber das Recht auf Teilung verschaffen. Mit Rücksicht hierauf gibt das Gesetz dem verkaufsberechtigten Pfandgläubiger selbst

das weitere Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen. Dieses Recht ist eine Erweiterung des eigenen dinglichen Rechtes des Pfandgläubigers und beruht nicht etwa auf einer gesetzlichen Übertragung des dem beteiligten Miteigentümer zustehenden persönlichen Teilungsanspruchs. Dem entsprach es, daß der E. I, welcher Vereinbarungen der Teilhaber über die Beschränkung oder Ausschließung des Teilungsanspruchs nur obligatorische Wirkung beilegte (Erl. 1 zu § 746), solche Vereinbarungen dem Pfandgläubiger gegenüber für unverbindlich erklärte. Die zweite Kommission hat diesen Satz aber beibehalten, obwohl sie derartigen Vereinbarungen grundsätzlich Wirksamkeit für und gegen die Sondernachfolger eingeräumt hat (§ 751 Satz 1). Der letzte Satz des Abs. 2 enthält somit eine Ausnahme von diesem Grundsatze. Sie ist eine Folge der im § 751 Satz 2 anerkannten Ausnahme; denn nach letzterer Vorschrift könnte der Pfandgläubiger sich durch Erwirkung eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels ohnehin ein von den Vereinbarungen der Miteigentümer unabhängiges Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft verschaffen, dieser dem Gedanken des § 1233 widerstreitende Umweg wird ihm durch die hier fragliche Vorschrift erspart.

Das Recht des beteiligten Miteigentümers bleibt auch nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung in der unter a erörterten Art beschränkt.

5. **Jeder der übrigen Miteigentümer,** deren Anteile nicht mit dem Pfandrechte belastet sind, kann die Teilung verlangen, aber seine Rechtsstellung ändert sich insofern, als er die Teilung nicht mehr von dem Miteigentümer, dessen Anteil mit dem Pfandrechte belastet ist, allein, sondern nur von diesem und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich verlangen kann. Es gilt in dieser Beziehung dasselbe wie bei dem mit einem Nießbrauche belasteten Anteil eines Miteigentümers (s. oben S. 437 Erl. 1b zu § 1066).

6. Der **Abs. 3** gilt für alle Fälle, in denen die Gemeinschaft der Miteigentümer aufgehoben wird, sei es nach Abs. 2 auf Verlangen des beteiligten Miteigentümers und des Pfandgläubigers oder des letzteren allein, sei es auf Verlangen eines anderen Miteigentümers oder des Gläubigers eines Miteigentümers.

In allen diesen Fällen gebührt dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten. Die Frage, ob diese Bestimmung dahin zu verstehen ist, daß der Pfandgläubiger kraft gesetzlicher Surrogation ein Pfandrecht an den betreffenden Gegenständen erwirbt, oder dahin, daß er nur einen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts erhält, wird aus dem bei der entsprechenden Vorschrift des § 1066 Abs. 3 dargelegten Gründen (s. Erl. 1c zu § 1066) in dem letzteren Sinne zu beantworten sein.

7. Der E. I § 1185 enthielt noch Bestimmungen **über das Pfandrecht an einem Bruchteil einer im Alleineigentume stehenden Sache** (P. I S. 5471ff., 5478f., 6252, 6256; M. III S. 835f.). Die zweite Kommission hatte diese Bestimmungen zunächst sachlich gebilligt und der Redaktionskommission nur vorbehalten, sie mit den Vorschriften des § 1184 zu verbinden; später genehmigte sie aber den Antrag der Redaktionskommission auf Streichung der Bestimmungen des § 1185 in der Erwägung, daß sie einen lediglich gedachten Fall behandelten (P. II Bd. 3 S. 486; Bd. 4 S. 600). Letztere Annahme trifft nur insoweit zu, als ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht an einem Bruchteil einer im Alleineigentume stehenden Sache allerdings nicht vorkommen wird, wenngleich die Bestellung rechtlich möglich ist (a. A. v. Seeler, Das Miteigentum nach dem BGB. 1899 S. 71; Endemann Bd. 2 S. 904 Anm. 8). Dagegen entsteht ein Pfandrecht an einem solchen Bruchteile kraft Gesetzes dann, wenn eine mit einem Pfandrechte belastete Sache mit einer anderen beweglichen Sache desselben Eigentümers, die nicht als Hauptsache anzusehen ist, verbunden oder vermischt wird (Erl. 2b zu § 949; vgl. Erl. 2d zu § 950).

In diesem Falle müssen, wie nach dem E. I § 1185, die Vorschriften des § 1258 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1, Abs. 3, 4 entsprechende Anwendung finden. Der Pfandgläubiger hat also in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art der Benutzung, nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung in Ansehung des Rechtes zum Verkaufe des Bruchteils und in Ansehung des Rechtes auf Aufhebung der Gemeinschaft dieselben Rechte wie bei dem Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers und erwirbt nach der Aufhebung der Gemeinschaft das Recht auf Bestellung eines Pfandrechts an den an die Stelle des belasteten Bruchteils tretenden Gegenständen.

Ob der Eigentümer kraft seines Eigentums an dem nicht belasteten Bruchteile der Sache, ebenso wie bei dem Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers ein anderer Miteigentümer, Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann, lassen die M. III S. 835f. unentschieden. Die

Frage wird zu verneinen sein, da der Eigentümer den Teilungsanspruch nicht gegen sich selbst geltend machen kann. Dem Eigentümer bleibt daher, abgesehen von einer gütlichen Einigung mit dem Pfandgläubiger, nur der Weg der Befriedigung des letzteren.

§§ 1259—1272.

Knitschky, Das vertragsmäßige Schiffspfandrecht, Gruch. 45 S. 782ff.; Landgraf, Das Reichsges. betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt, 2. Aufl. 1900, Ergänzungsband S. 110ff.; Lewis-Boyens, Das deutsche Seerecht Bd. 2 S. 32ff.; Mittelstein, Deutsches Schiffspfandrecht und Schiffsgläubigerrecht 1889; derselbe, Deutsches Binnenschiffahrtsrecht Bd. 1 S. 481ff., 2. Aufl. 1903; Schaps, Das deutsche Seerecht 1897 S. 16ff.

1. **Die Sondervorschriften der §§ 1259—1272** über das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe beruhen darauf, daß für die dem Erwerbe dienenden See- und Binnenschiffe das praktische Bedürfnis eine Form der Verpfändung erheischt, welche dem Verpfänder den Besitz des Schiffes beläßt. Eine solche Verpfändung wird bei den in das Schiffsregister eingetragenen Schiffen dadurch ermöglicht, daß hier die sonst zur Kundbarmachung des Pfandrechts an beweglichen Sachen erforderte Besitzeinräumung durch die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister ersetzt werden kann.

Die Einrichtung des Schiffsregisters wurde durch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch Art. 432—438 für die zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmten Schiffe zu dem öffentlichrechtlichen Zwecke geschaffen, um als Grundlage für den Nachweis des Rechtes zur Führung der Landesflagge zu dienen. Die spätere Bundes- und Reichsgesetzgebung bildete die Einrichtung, unter Übertragung auf das Recht zur Führung der Bundes- und Reichsflagge, fort (Ges. betr. die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugnis zur Führung der Bundesflagge, v. 25. Oktober 1867, und die dasselbe ergänzenden und ändernden Ges., betr. die Registrierung und die Bezeichnung der Kauffahrteischiffe, v. 28. Juni 1873, betr. die Befugnisse von Seefahrzeugen, welche der Gattung der Kauffahrteischiffe nicht angehören, zur Führung der Reichsflagge, v. 15. April 1885, und betr. Abänderungen des Ges. v. 25. Oktober 1867, v. 23. Dezember 1888). An die Stelle dieser Gesetze ist seit dem 1. Januar 1900 das ihren Inhalt zusammenfassende und teilweise ergänzende Ges., betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe, v. 22. Juni 1899 getreten.

Für die Verpfändung der registrierten Seeschiffe wurde das Schiffsregister zuerst im preußischen EG. z. HGB. v. 24. Juni 1861 Art. 59 verwertet. Ihm folgten die übrigen deutschen Seestaaten (oldenburg. Ges. v. 3. April 1876; mecklenburg-schwerinsche V. v. 28. März 1881; lübeck. Ges. v. 20. Januar 1882; hamburg. Ges. v. 27. April 1885).

Für Binnenschiffe wurde die Führung von Schiffsregistern zunächst landesgesetzlich durch das hamburg. Ges. v. 27. April 1885 und das bremische Ges. v. 15. Dezember 1887, sodann reichsgesetzlich durch das Ges., betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt, v. 15. Juni 1895 (§§ 120ff.) angeordnet und zugleich die Eintragung in das Register als Verpfändungsform eingeführt (vgl. Ges. v. 15. Juni 1895 §§ 131—135).

Diese Rechtsentwicklung bringen die §§ 1259—1272 zum Abschlusse. Sie haben auch die Vorschriften des Binnenschiffahrtsgesetzes v. 15. Juni 1895 ersetzt (vgl. EG. z. HGB. Art. 12 Nr. XXI).

2. **Gegenstand des in den §§ 1295ff. geordneten Pfandrechts** sind nur die im Schiffsregister, d. h. in einem deutschen Schiffsregister, eingetragenen Schiffe. In das Schiffsregister sind einzutragen:

a) nach dem Flaggengesetze v. 22. Juni 1899 (nebst dem den § 26 abändernden Ges. v. 29. Mai 1901)

α) die zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmten Schiffe (Kauffahrteischiffe — mit Einschluß der Lotsen-, Hochseefischerei-, Bergungs- und Schleppfahrzeuge —, sofern sie zur Führung der Reichsflagge befugt sind, d. h. im ausschließlichen Eigentume von Reichsangehörigen stehen (§§ 1, 2, 4; vgl. § 28 verb. mit § 10 des Schutzgebietsges. in der Fassung v. 10. September 1900). Der Zwang zur Eintragung ist jedoch nur ein mittelbarer; er beruht darauf, daß die Ausübung des Flaggenrechts bis zur Erteilung einer von der Registerbehörde auszustellenden Urkunde über die Eintragung des Schiffes, des Schiffszertifikats, bei Strafe verboten ist (§§ 10, 11, 19). Dieses Verbot und damit der mittelbare Eintragungszwang besteht jedoch nicht für Schiffe von nicht mehr als 50 Kubikmeter Brutto-Raumgehalt (§ 16);

β) seegehende Lustjachten, ausschließlich zur Ausbildung von Seeleuten bestimmte Seefahrzeuge (Schulschiffe) und solche Seefahrzeuge, welche für Rechnung von auswärtigen Staaten oder deren Angehörigen im Inlande gebaut werden, nach § 26 Abs. 1.

γ) Vorbehalten ist die Ausdehnung des Gesetzes im Verordnungsweg auf

αα) andere nicht zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmte Seefahrzeuge (§ 26 Abs. 2);

ββ) Binnenschiffe, die ausschließlich auf ausländischen Gewässern verkehren (§ 26a; dazu V. v. 1. März 1900 und 5. Juli 1903).

b) nach dem Binnenschiffahrtsgesetz (in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898)

α) die zur Schiffahrt auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern bestimmten und vom Eigentümer verwendeten Dampfschiffe und anderen Schiffe mit eigener Triebkraft, deren Tragfähigkeit mehr als 15000 Kilogramm beträgt, sowie sonstige Schiffe mit einer Tragfähigkeit von mehr als 20000 Kilogramm (§§ 1, 119);

β) die etwa nach Bestimmung der Landesregierung einzutragenden Schiffe von geringerer Tragfähigkeit (§ 128). Vgl. hierzu für Hessen Ges. v. 20. Juli 1899 Art. 7; Mecklenburg-Schwerin V. v. 9. April 1899 § 24, Mecklenburg-Strelitz V. v. 9. April 1899 § 10.

Der Eintragungszwang ist hier ein unmittelbarer (§§ 122, 123, 127).

Entscheidend für die Anwendbarkeit der §§ 1259 ff. ist aber nicht der Umstand, ob ein Schiff einzutragen, sondern ob es tatsächlich eingetragen ist. Jene Vorschriften finden also auch auf ein trotz Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen eingetragenes Schiff Anwendung (a. A. bezüglich der nicht eintragungsfähigen Binnenschiffe Knitschky S. 784; Kober Erl. 1 zu § 1259), dagegen auf ein trotz Vorhandenseins der gesetzlichen Voraussetzungen nicht eingetragenes Schiff keine Anwendung.

Für das Pfandrecht an nicht eingetragenen Schiffen gelten lediglich die allgemeinen Vorschriften der §§ 1205—1258.

3. Die Besonderheiten des Schiffspfandrechts beruhen im wesentlichen darauf, daß seine Bestellung mittels Eintragung in ein öffentliches Buch erfolgt und hierdurch eine Verwandtschaft des Schiffspfandrechts mit der Hypothek begründet wird. Die Sondervorschriften, die der § 1259 einleitet, übertragen daher zumeist grundbuch- und hypothekenrechtliche Vorschriften auf das Schiffspfandrecht. Der § 1260 regelt die Erfordernisse der Bestellung des Pfandrechts, der § 1261 das Rangverhältnis zwischen mehreren Pfandrechten, der § 1262 die Wirkungen der Eintragung und der unrichtigen Löschung des Pfandrechts gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Schiffes oder eines Rechtes an ihm. Der § 1263 gewährt Schutzmittel gegen die Unrichtigkeit des die Pfandrechte betreffenden Registerinhalts. Sodann wird der Umfang des Pfandrechts in Ansehung der Forderung (§ 1264) und des Zubehörs (§ 1265) bestimmt. Der § 1266 stellt das Verhältnis der Sondervorschriften zu den allgemeinen Vorschriften der §§ 1205 ff. klar. Der § 1267 wahrt für den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Verpfänder oder den Schuldner deren Interesse an der Löschung des Pfandrechts. Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande regelt der § 1268. Die folgenden Bestimmungen betreffen die Ausschließung unbekannter Pfandgläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens (§ 1269), das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder einem indossabelen Papiere (§ 1270) und das Kautionspfandrecht (§ 1271). Der § 1272 endlich behandelt das Pfandrecht an einer Schiffspart.

4. Die Schiffsregister werden, soweit nicht für die Seeschiffsregister landesgesetzlich andere Behörden bestimmt sind, wie dies durch die hamburgische V. v. 3. März 1873 und die mecklenburg-schwerinsche V. v. 9. April 1899 § 61 geschehen ist, von den Amtsgerichten, in dem unter 2aγββ bezeichneten Falle vom Konsul geführt (vgl. hierüber und über die örtliche Zuständigkeit Flaggenges. §§ 4, 6, 26, 27, Binnenschiffahrtsges. §§ 120, 122).

Die Register sind öffentlich (Flaggenges. § 5, Binnenschiffahrtsges. § 121).

Das Verfahren für die auf Pfandrechte bezüglichen Eintragungen in das Schiffsregister hat das FGG. §§ 100—124 im engen Anschluß an die GBO. geregelt; daneben gelten die allgemeinen Vorschriften des ersten Abschnitts des FGG.

Die Einrichtung der Register ist landesrechtlicher Regelung vorbehalten (vgl. für Preußen das Preuß. Ges. über d. freiw. Gerichtsb. Art. 29 und Allgem. Verf. v. 11. Dezember 1899; Bayern Min.-Verf. v. 24. Dezember 1899; Sachsen Ges. v. 15. Juni 1900 § 31; Hessen Ges. v. 18. Juli 1899 Art. 54; Mecklenburg-Schwerin V. v. 9. April 1899 § 60; Mecklenburg-Strelitz V. v. 9. April 1899 § 58).

§. 1259. Für das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gelten die besonderen Vorschriften der §§. 1260 bis 1271.

§. 1260. Zur Bestellung des Pfandrechts ist die Einigung des Eigenthümers des Schiffes und des Gläubigers darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, und die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister erforderlich. Die Vorschriften des §. 873 Abs. 2 und des §. 878 finden entsprechende Anwendung.

In der Eintragung müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz angegeben werden. Zur näheren Bezeichnung der Forderung kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

---

5. **Über das Arrestpfandrecht und das im Zwangsversteigerungsverfahren einzutragende Pfandrecht für die Forderung des Erstehers** und die Anwendbarkeit der Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht an einem Schiffe auf diese Pfandrechte s. CPO. § 931, ZVG. § 169 Abs. 2. Ein der Zwangshypothek entsprechendes im Wege der Zwangsvollstreckung einzutragendes Pfandrecht an einem Schiffe ist nicht zugelassen (Erl. 2 zu § 1268).

6. **Neben den Vorschriften dieses Unterabschnitts bleiben** für das Pfandrecht an registrierten Schiffen **maßgebend die reichsgesetzlichen Vorschriften des HGB.** §§ 679ff. über die Bodmerei sowie die Vorschriften des HGB. und des Binnenschiffahrtsgesetzes über die gesetzlichen Pfandrechte am Schiffe (vgl. Erl. 3i zu § 1266; Gierke, Sachenrecht S. 1005). Auf die nach dem BGB. begründeten Pfandrechte selbst beziehen sich die Vorschriften des HGB. § 764 Abs. 2 (Erl. 3hγ zu § 1266) und § 776 (Erl. 2 zu § 1261).

Der Landesgesetzgebung vorbehalten sind Vorschriften, nach welchen ein Pfandrecht an einem in Bau begriffenen Schiffe ohne Übergabe des Schiffes durch Eintragung in ein besonderes Register bestellt werden kann (EG. z. HGB. Art. 20; brem. Ges. v. 15. Dezember 1887 § 25, oldenburg. Ges. v. 10. März 1903).

§ 1259.

E. I § 1197; II § 1166 rev. § 1244; III § 1242. P. I S. 5690f., 5693, 6135f.; M. III S. 847f. P. II Bd. 3 S. 494ff. D. S. 676.

Der § 1259 dient zur Einleitung der folgenden Vorschriften, indem er den Gegenstand des in ihnen geordneten Pfandrechts bestimmt (vgl. Vorbm. 2) und das Verhältnis jener Vorschriften zu den übrigen Vorschriften des Titels vom Pfandrecht an beweglichen Sachen dahin klarstellt, daß sie das Pfandrecht an registrierten Schiffen erschöpfend zu regeln bestimmt sind.

Der Begriff und der wesentliche Inhalt des Pfandrechts an einen registrierten Schiffe bestimmen sich nach § 1204.

§ 1260.

E. I § 1196, § 1198 Abs. 3; II § 1167 rev. § 1245; III § 1243. P. I S. 5688ff., 6252, 6256, 6264, 6270, 11967f.; M. III S. 846ff. P. II Bd. 3 S. 494f., 499ff., 739; Bd. 6 S. 391. D. S. 676.

Der § 1260 bestimmt die Erfordernisse der rechtsgeschäftlichen Bestellung eines Pfandrechts an einem registrierten Schiffe in dem Sinne, daß auf andere Weise ein solches Pfandrecht nicht bestellt werden kann, insbesondere die Bestellung nach Maßgabe der §§ 1205, 1206 ausgeschlossen ist. Die Erfordernisse sind folgende:

1. **Eigentum des Verpfänders.**

a) Nur der wahre Eigentümer kann wirksam das Pfandrecht bestellen, unbeschadet der Vorschriften des § 185 über die Wirksamkeit einer mit Einwilligung des Eigentümers vorgenommenen Verpfändung durch einen Dritten und über das nachträgliche Wirksamwerden einer solchen Verpfändung. Den Angaben des Schiffsregisters über die Eigentumsverhältnisse ist nicht, wie den entsprechenden Angaben des Grundbuchs, öffentlicher Glaube beigelegt, weil die Feststellung des Eigentumes im Schiffsregister der dazu erforderlichen Sicherheit entbehrt; denn sie erfolgt nicht, um eine Grundlage für die privatrechtlichen Verhältnisse des Schiffes zu schaffen, sondern dient — wenigstens bei dem Register für Seeschiffe — nur einem öffentlichrechtlichen Zwecke: sie soll für den internationalen Verkehr den Eigentümer und damit die von

§. 1261. Das Rangverhältniß der an dem Schiffe bestellten Pfandrechte bestimmt sich nach den Vorschriften der §§. 879 bis 881 und des §. 1151.

---

dessen Staatsangehörigkeit abhängige Nationalität des Schiffes, d. h. sein Recht, die Nationalflagge zu führen, kundbar machen. Ebensowenig wird der Mangel des Eigentums des Verpfänders durch den guten Glauben des Erwerbers nach den für das Pfandrecht an beweglichen Sachen geltenden allgemeinen Vorschriften des § 1207 gedeckt, da deren Anwendbarkeit eine Verpfändung nach Maßgabe der §§ 1205, 1207 voraussetzt, eine solche aber bei registrierten Schiffen durch den § 1260 ausgeschlossen wird (a. M. Lewis-Boyens S. 38 Anm. 4).

b) Daß der Verpfänder als Eigentümer eingetragen ist, ist nicht Voraussetzung der Wirksamkeit der Verpfändung, wohl aber nach Maßgabe des § 111 des FGG. regelmäßig formelles Erfordernis für die Zulässigkeit der Eintragung des Pfandrechts.

2. **Einigung des Eigentümers und des Gläubigers** darüber, daß diesem das Pfandrecht zustehen soll.

a) Der Inhalt der erforderlichen Einigung ist derselbe wie bei der Verpfändung anderer beweglicher Sachen (Erl. 1c zu § 1205).

b) Einer bestimmten Form bedarf die Einigung zu ihrer Gültigkeit nicht. Doch macht der Abs. 1 Satz 2 durch Verweisung auf die entsprechende Anwendung des § 873 Abs. 2 die Gebundenheit der Beteiligten vor der Eintragung von der Beobachtung gewisser Formen abhängig. Dies beruht auf denselben Erwägungen wie die Vorschrift des § 873 Abs. 2 selbst. Das oben S. 84 in der Erl. III 2 zu § 873 Bemerkte trifft auch hier zu, jedoch mit der Maßgabe, daß die Erklärungen der Beteiligten, statt vor dem Grundbuchamte, vor der Registerbehörde abgegeben oder dieser eingereicht sein müssen und daß der Eigentümer dem Gläubiger eine den Vorschriften der FGG. (§§ 106, 107) entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt haben muß.

c) Wegen des Ersatzes der zu der Einigung erforderlichen Erklärungen durch ein rechtskräftiges Urteil gilt das oben S. 88 in der Erl. III 3 zu § 873 Gesagte. Auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, durch das der Eigentümer zur Bestellung eines Pfandrechts an einem registrierten Schiffe verurteilt ist, kann nach § 895 der CPO. eine Vormerkung eingetragen werden.

d) Über die Eintragung eines Pfandrechts an einem Schiffe auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts vgl. FGG. § 54 Abs. 2.

3. **Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister.**

a) Den für die Wirksamkeit der Verpfändung wesentlichen Inhalt der Eintragung bestimmt der Abs. 2 im Anschluß an die für die Hypothek geltende Vorschrift des § 1115 Abs. 1 (vgl. oben S. 528ff. die Erl. zu dieser Vorschrift). Nicht ausgesprochen ist hier, abweichend vom § 1115 Abs. 1, daß, wenn andere Nebenleistungen als Zinsen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag in der Eintragung anzugeben ist. Dies beruht darauf, daß nach § 1264 die Haftung des Schiffes sich auf solche Nebenleistungen nicht erstreckt und auf sie auch nicht erstreckt werden kann (a. A. Biermann Erl. 1 zu § 1260). Wegen der Eintragungsbewilligung s. FGG. §§ 101, 107. Ordnungsvorschriften über die Eintragung enthält FGG. §§ 113, 114.

b) Die formellen Erfordernisse der Eintragung regelt FGG. §§ 100, 101, 106, 107, 108, 111. Über den Vermerk der Eintragung auf dem Schiffszertifikat oder Schiffsbrief und auf einer etwa vorgelegten Urkunde über die Pfandforderung vgl. § 120, über die Bekanntmachung der Eintragung § 121 daselbst.

c) Dem Nachteile, der dem Gläubiger durch eine Verzögerung der Eintragung infolge einer inzwischen erfolgenden Beschränkung des Eigentümers in der Verfügung über das Schiff erwachsen würde, beugt der Abs. 1 Satz 2 vor, indem er den § 878 für entsprechend anwendbar erklärt (vgl. oben S. 98 die Erl. zu § 878). Für die entsprechende Anwendung tritt auch hier an die Stelle des Grundbuchamts die Registerbehörde.

d) Für das Verhältnis der Eintragung zur Einigung trifft das oben S. 83 in der Erl. II zu § 873 Bemerkte entsprechend zu.

§ 1261.

E. II § 1168 rev. § 1246; III § 1244. P. II Bd. 3 S. 506f., 739. D. S. 676.

1. **Der § 1261** regelt das Rangverhältnis unter mehreren an dem Schiffe bestellten Pfandrechten durch Bezugnahme auf die für die Hypothek geltenden Vorschriften. Danach bestimmt sich:

§. 1262. Solange das Pfandrecht im Schiffsregister eingetragen ist, behält es im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes seine Kraft, auch wenn der Erwerber in gutem Glauben ist.

Ist das Pfandrecht mit Unrecht gelöscht, so gelten im Falle der Veräußerung des Schiffes die Vorschriften des §. 936 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 auch dann, wenn der Erwerber das Eigenthum ohne Uebergabe erlangt; die Vorschrift des §. 936 Abs. 3 findet keine Anwendung. Wird ein Pfandrecht, welches dem mit Unrecht gelöschten Pfandrecht im Range nachsteht, auf einen Dritten übertragen, so findet die Vorschrift des §. 1208 Satz 1 Anwendung.

---

a) das Rangverhältnis grundsätzlich nach der Reihenfolge der Eintragungen, und zwar auch, wenn die zur Verpfändung erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist (§ 879 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2). Diese Abweichung von dem sonst für Pfandrechte an beweglichen Sachen geltenden Grundsatze des Altersvorzugs (Erl. 1 zu § 1209) beruht auf der dem Grundbuchrecht entsprechenden Bedeutung der Eintragung für das Schiffspfandrecht (oben S. 99 Erl. 1 zu § 879).

Eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses durch den Eigentümer und die Gläubiger ist zulässig, erfordert aber außer der Einigung der Beteiligten auch Eintragung (§ 879 Abs. 3).

Die bei diesen Bestimmungen vorausgesetzten Verfahrensvorschriften über die Erledigung mehrerer Anträge auf Eintragung von Pfandrechten an einem Schiffe enthält der dem § 46 der GBO. nachgebildete § 114 des FGG. (vgl. Erl. 4 zu § 879). Über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers eines nacheingetragenen Pfandrechts im Falle unrichtiger Löschung des voreingetragenen Pfandrechts s. Erl. 2c zu § 1262.

b) Das Rangverhältnis unter mehreren eingetragenen Pfandrechten kann entsprechend den Vorschriften des § 880 nachträglich geändert werden (vgl. S. 102 Erl. zu § 880). Auch hierin liegt eine Abweichung von dem, was sonst für Pfandrechte an beweglichen Sachen gilt (Erl. 1 a. E. zu § 1209). Die nach § 880 Abs. 2 Satz 2 erforderliche Zustimmung des Eigentümers ist in dem Falle entbehrlich, daß bei einer Teilung der Forderung das Rangverhältnis der Pfandrechte für die Teilforderungen geändert wird (§ 1151).

c) Der Eigentümer kann sich bei der Bestellung eines Pfandrechts die Befugnis vorbehalten, ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Pfandrecht mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen. Auf einen solchen Rangvorbehalt finden die Vorschriften des § 881 entsprechende Andwendung (vgl. S. 107 die Erl. dazu).

2. **Das Rangverhältnis zwischen den eingetragenen Pfandrechten und den Pfandrechten der Schiffsgläubiger** (HGB. §§ 754—760; Binnenschiffahrtsgesetz §§ 102—105) bestimmt sich nach den Vorschriften des HGB. § 776 und des Binnenschiffahrtsgesetzes § 109.

§ 1262.

E. I § 1201; II § 1169 rev. § 1247; III § 1245. P. I S. 5701 f., 6252, 6256; M. III S. 848 f. P. II Bd. 3 S. 504. D. S. 676.

1. Der Abs. 1 schließt in bezug auf eingetragene Schiffspfandrechte die Anwendung der Vorschriften, welche den gutgläubigen Erwerber einer beweglichen Sache oder eines Rechtes an einer solchen gegenüber den an der Sache bestehenden Rechten Dritter schützen, aus, weil es mit der Eintragung der Schiffspfandrechte in ein öffentliches Register nicht vereinbar wäre, wenn sich der spätere Erwerber eines Rechtes an dem Schiffe darauf berufen könnte, daß ihm daß Bestehen des eingetragenen Schiffspfandrechts ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei. Im einzelnen bleibt

a) im Falle der Veräußerung des Schiffes das eingetragene Schiffspfandrecht bestehen, auch wenn es nach § 936 erlöschen würde;

b) im Falle der Belastung des Schiffes mit einem Nießbrauch oder einem anderen Pfandrechte behält das eingetragene Schiffspfandrecht seinen Vorrang, auch wenn es ihn nach § 1032 Satz 2, § 1208 verlieren würde.

2. Der Abs. 2 erweitert umgekehrt den Schutz des gutgläubigen Erwerbers eines Rechtes am Schiffe gegenüber einem bestehenden, aber mit Unrecht ge-

§. 1263. Steht der Inhalt des Schiffsregisters in Ansehung eines Pfandrechts mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann die Berichtigung des Registers nach den für die Berichtigung des Grundbuchs geltenden Vorschriften der §§. 894, 895, 897, 898 verlangt werden.

Ist ein Pfandrecht mit Unrecht gelöscht worden, so kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Schiffsregisters nach §. 899 Abs. 2 eingetragen werden. Solange der Widerspruch eingetragen ist, gilt im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes dem Erwerber gegenüber das Gleiche, wie wenn das Pfandrecht eingetragen wäre.

---

löschten Schiffspfandrechte, mit Rücksicht darauf, daß die Tatsache der Löschung des Pfandrechts die Annahme seines Nichtbestehens rechtfertigt.

a) Gemeinsame Voraussetzung der Vorschriften des Abs. 2 ist, daß das Pfandrecht entstanden, also auch eingetragen war und nicht erloschen, aber mit Unrecht gelöscht ist. Die Löschung hat bei den Schiffspfandrechten, anders wie im Grundbuchrechte, niemals konstitutive, sondern immer nur beurkundende Bedeutung (oben S. 77 Vorbm. Nr. VI 2). Sie dient also lediglich zur Berichtigung des Schiffsregisters in Ansehung eines außerhalb des Registers erloschenen Pfandrechts. Die Voraussetzung des Abs. 2, daß das Pfandrecht mit Unrecht gelöscht ist, liegt also dann vor, wenn die Löschung erfolgt, ohne daß das Pfandrecht erloschen ist (vgl. § 1263 Abs. 2). Ob die formellen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Löschung gegeben waren, wie sie im FGG. §§ 100, 101, 102, 105, 107, 111 bestimmt sind, ist für die Anwendung der hier fraglichen Vorschriften ohne Belang.

Zur Beiseitigung der mit der unrichtigen Löschung verknüpften Gefahr genügt die Eintragung eines Widerspruchs nach § 1263 Abs. 2 Satz 2.

b) Der Satz 1 erstreckt die Vorschriften des § 936 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 auf die Fälle, in denen der Erwerber das Eigentum ohne Übergabe erlangt. In Betracht kommt

α) zunächst der in den M. und der D. allein erwähnte Fall, daß ein registriertes Seeschiff nach Maßgabe des HGB. § 474 und des EG. z. HGB. Art. 6 ohne Übergabe durch Vereinbarung des sofortigen Eigentumsüberganges veräußert wird. Die Vorschrift trifft aber auch

β) die Fälle, in denen das Schiff vom Eigentümer nach § 929 Satz 2, § 930 oder § 931 veräußert wird. Für diese Fälle beseitigt der Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 die das Erlöschen der Rechte Dritter erschwerenden Bestimmungen des § 936 Abs. 1 Satz 2, 3, während der Halbs. 2 für den zu *α* bezeichneten Fall und den Fall der Veräußerung nach § 931 die Anwendung des § 936 Abs. 3 ausschließt. Ein mit Unrecht gelöschtes Schiffspfandrecht erlischt demnach in allen genannten Fällen, und zwar auch dann, wenn der Pfandgläubiger selbst das Schiff im Besitze hat, mit dem Erwerbe des Eigentums, es sei denn, daß der Erwerber zur Zeit des Erwerbes in Ansehung des Pfandrechts nicht in gutem Glauben war.

c) Der Satz 2 dehnt den Schutz, welchen der § 1208 Satz 1 im Falle der Bestellung eines Pfandrechts dem gutgläubigen Erwerber in bezug auf bestehende ältere Rechte Dritter gewährt, gegenüber einem mit Unrecht gelöschten Schiffspfandrecht auf denjenigen aus, welcher ein dem gesicherten Pfandrecht im Range nachstehendes bereits bestehendes Pfandrecht durch Übertragung der Forderung nebst dem Pfandrecht (§ 1250 Abs. 1) erwirbt. Das übertragene Pfandrecht erlangt danach den Vorrang vor dem gelöschten Pfandrecht, es sei denn, daß der Erwerber zur Zeit des Erwerbes in Ansehung dieses Pfandrechts nicht in gutem Glauben war.

Denselben Schutz wie der Erwerber eines bestehenden Pfandrechts wird aber auch derjenige genießen müssen, welchem nach der unrichtigen Löschung des Pfandrechts ein neues Pfandrecht bestellt wird; auf ihn findet also gleichfalls der § 1208 Satz 1 Anwendung (ebenso Biermann Erl. 3; Gierke, Sachenrecht S. 1003 Anm. 19; Kober Erl. 2a; Lewis-Boyens S. 39; a. A. Knitschky S. 821; Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht Bd. 1 S. 498).

§ 1263.

E. I § 1203; II § 1170 rev. § 1248; III § 1246. P. I S. 5702 f.; M. III S. 849. P. II Bd. III S. 504. D. S. 676 f.

1. Zweck. Die Wirkungen, die der § 1262 an die Eintragung und die Löschung des Schiffspfandrechts im Schiffsregister knüpft, begründen ein Interesse der Beteiligten daran, daß

der Inhalt des Registers in Ansehung der Pfandrechte mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt. Der § 1263 gewährt daher den Beteiligten gegen die Unrichtigkeit des auf ein Pfandrecht bezüglichen Registerinhalts entsprechende Schutzmittel, wie sie gegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs gegeben sind.

2. Der Abs. 1 hat

a) zur Voraussetzung, daß der Registerinhalt in Ansehung eines Pfandrechts mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht. Dies ist der Fall, wenn ein bestehendes Pfandrecht gelöscht oder ein nicht entstandenes oder erloschenes Pfandrecht noch eingetragen ist, aber auch dann, wenn ein bestehendes Pfandrecht mit der dadurch gesicherten Forderung übertragen oder mit einem Rechte belastet oder der Gläubiger zugunsten einer bestimmten Person in der Verfügung darüber beschränkt und die Übertragung, Belastung oder Beschränkung nicht eingetragen ist (vgl. D. z. E. des FGG. S. 60).

b) Die Berichtigung des Registers kann nach § 100 Abs. 2, § 102, § 104, § 105 Satz 2 des FGG. auf Antrag desjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgen soll, ohne Zustimmung des Passivbeteiligten erfolgen, wenn die Unrichtigkeit des Registers vorschriftsmäßig nachgewiesen oder im Falle der Übertragung oder Belastung der Forderung die Abtretungs- oder Belastungserklärung des Gläubigers vorgelegt wird. Andernfalls ist zur Berichtigung die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von ihr betroffen wird, und zur Löschung eines Schiffspfandrechts oder eines ein solches belastenden Rechtes außerdem die Zustimmung des eingetragenen Eigentümers oder Pfandgläubigers erforderlich (§§ 101, 105 daselbst). Zur Erzwingung der hiernach erforderlichen Bewilligung oder Zustimmung dient der Berichtigungsanspruch, den der Abs. 1 im Anschluß an die §§ 894, 895, 897, 898 regelt (vgl. die Erl. zu diesen Paragraphen und zu § 895 den § 111 des FGG.).

c) Über die Verpflichtung des Verkäufers eines Schiffes oder eines Rechtes an einem Schiffe zur Herbeiführung der Löschung nicht bestehender, eingetragener Rechte vgl. § 435 Abs. 2.

3. Der Abs. 2 läßt als vorläufiges Schutzmittel gegen die Gefahren, die mit der Unrichtigkeit des durch ein Pfandrecht bezüglichen Registerinhalts verbunden sind, entsprechend dem § 899 Abs. 1 die Eintragung eines Widerspruchs zu, aber nicht bei jeder Unrichtigkeit des Registers, sondern, da nur die mit Unrecht erfolgte Löschung nach § 1262 Abs. 2 den Gläubiger gefährdet, nur im Falle einer solchen Löschung.

a) Die Voraussetzung der Vorschrift ist dieselbe wie die des § 1262 Abs. 2 (Erl. 2a dazu).

b) Die Erfordernisse für die Eintragung des Widerspruchs bestimmen sich nach § 899 Abs. 2. Bezüglich der Eintragung auf Grund einer einstweiligen Verfügung vgl. CPO. § 941, § 942 Abs. 2. Über die Löschung eines derart eingetragenen Widerspruchs s. FGG. § 103 Satz 1. Die Bewilligung der Eintragung eines Widerspruchs wird nach CPO. § 895 durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil ersetzt, durch welches der Schuldner zur Bewilligung der Berichtigung des Registers verurteilt wird. Über die Löschung eines auf Grund eines solchen Urteils eingetragenen Widerspruchs vgl. FGG. § 103 Satz 2.

c) Die Wirkung der Eintragung des Widerspruchs ist dieselbe wie nach § 1262 die der Eintragung des Pfandrechts; die Eintragung des Widerspruchs sichert also den Gläubiger einerseits gemäß § 1262 Abs. 1 davor, nach den allgemeinen Grundsätzen über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers sein Pfandrecht oder dessen Rang zu verlieren, und schließt andrerseits die Anwendung der besonderen Vorschriften des § 1262 Abs. 2 ihm gegenüber aus.

d) Ein Widerspruch ist nach den §§ 109, 122 des FGG. auch von der Registerbehörde von Amts wegen oder auf Anweisung des Beschwerdegerichts einzutragen, wenn sich ergibt, daß die Registerbehörde unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Schiffsregister unrichtig geworden ist. Auch kann das Beschwerdegericht nach § 123 daselbst der Registerbehörde durch eine einstweilige Anordnung die Eintragung eines Widerspruchs aufgeben. Diese Vorschriften beschränken sich nicht auf den Fall der unrichtigen Löschung eines Pfandrechts. Wird aber im Falle einer solchen Löschung ein Widerspruch nach Maßgabe jener Vorschriften eingetragen, so wird sich seine Wirkung gleichfalls nach § 1263 Abs. 2 Satz 2 bestimmen.

4. **Vormerkungen.** Während der § 1263 Abs. 2 die grundbuchrechtliche Einrichtung des Widerspruchs auf den die Schiffspfandrechte betreffenden Inhalt des Schiffsregisters überträgt, ist im BGB. von einer Anwendung der Vorschriften über die Vormerkung auf die Schiffspfandrechte nicht die Rede. Dagegen setzen andere Reichsgesetze die Anwendbarkeit jener Vorschriften voraus. Insbesondere handelt die CPO. von der Eintragung einer Vor-

§. 1264. Die Haftung des Schiffes beschränkt sich auf den eingetragenen Betrag der Forderung und die Zinsen nach dem eingetragenen Zinssatze. Die Haftung für gesetzliche Zinsen und für Kosten bestimmt sich nach der für die Hypothek geltenden Vorschrift des §. 1118.

Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann das Pfandrecht ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Schiff für Zinsen bis zu Fünf vom Hundert haftet.

§. 1265. Das Pfandrecht erstreckt sich auf das Zubehör des Schiffes mit Ausnahme der Zubehörstücke, die nicht in das Eigenthum des Eigenthümers des Schiffes gelangt sind.

Auf die Haftung der Zubehörstücke finden die für die Hypothek geltenden Vorschriften der §§. 1121, 1122 entsprechende Anwendung.

---

merkung in das Schiffsregister auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, durch das der Schuldner zur Bewilligung einer Eintragung in das Schiffsregister verurteilt wird (§ 895; vgl. FGG. § 103 Satz 2) und auf Grund einer einstweiligen Verfügung (§ 942 Abs. 2, vgl. § 941 und FGG. § 103 Satz 1); das FGG. § 123 erwähnt ferner die Eintragung einer Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Anordnung des Beschwerdegerichts. Inhalt und Wirkung dieser Vormerkungen können sich, wie jene Vorschriften stillschweigend voraussetzen, nur nach den entsprechend anzuwendenden Bestimmungen über die grundbuchrechtliche Vormerkung (vgl. namentlich BGB. §§ 883—888) bestimmen (s. die D. z. FGG. S. 61, D. z. Ges. betr. Änderungen der CPO. S. 158). Nach Maßgabe dieser Bestimmungen kann eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Schiffspfandrechts oder eines Rechtes an einem solchen oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes (§ 883 Abs. 1) auch auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Schiff oder Pfandrecht von der Vormerkung betroffen wird, in das Register eingetragen werden (§ 885), wie auch daraus folgt, daß nach der CPO. § 895 unter der dort bezeichneten Voraussetzung die Eintragung einer Vormerkung als bewilligt gilt (ders. A. Biermann Erl. 4 zu § 1260; Knitschky S. 792 Anm. 5; Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht Bd. 1 S. 495).

§ 1264.

E. II § 1171 rev. § 1249; III § 1247. P. II Bd. 3 S. 503. D. S. 677.

Der § 1264 regelt den Umfang der Haftung des verpfändeten Schiffes, abweichend von den allgemeinen für das Pfandrecht an beweglichen Sachen geltenden Vorschriften des § 1210, im Anschluß an die Grundsätze des Hypothekenrechts. Der Abs. 1 entspricht in Satz 1 dem § 1113 Abs. 1, § 1115 Abs. 1 (vgl. § 1260 Abs. 2), in Satz 2 dem § 1118, der Abs. 2 dem § 1119 Abs. 1. Vgl. die Erl. zu diesen Vorschriften. Die Erstreckung der Haftung auf andere Nebenleistungen als Zinsen ist beim Schiffspfandrecht unzulässig (a. A. Biermann).

§ 1265.

E. II § 1172 rev. § 1250; III § 1248. P. II Bd. 3 S. 503, 740. D. S. 677.

1. **Der § 1265** weicht in betreff der Erstreckung des Pfandrechts auf das Zubehör gleichfalls von den allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechts ab und überträgt auf das Schiffspfandrecht die hypothekenrechtlichen Vorschriften der §§ 1120—1122.

Das Zubehör eines Schiffes bestimmt sich nach § 97 und bei einem zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmten Schiffe außerdem nach § 478 des HGB.

Zu **Abs. 1** vgl. oben S. 548 Erl. 3 zu § 1120.

Nach **Abs. 2** werden Zubehörstücke von der Haftung frei:

a) durch Veräußerung und Entfernung von dem Schiffe vor erfolgter Beschlagnahme zugunsten des Pfandgläubigers (vgl. wegen der Beschlagnahme ZVG. §§ 20, 22, 23, 162, 165,

§. 1266. Die Vorschriften der §§. 1205 bis 1257 finden insoweit keine Anwendung, als sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben. In dem Falle des §. 1254 tritt an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes das Recht, die Aufhebung des Pfandrechts zu verlangen.

166, 171) sowie durch Veräußerung und eine seitens des Erwerbers nach der Beschlagnahme bewirkte Entfernung, es sei denn, daß der Erwerber bei letzterer in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben war, dagegen nicht durch bloße Veräußerung ohne Entfernung, mag der Erwerber auch in Ansehung des Pfandrechts in gutem Glauben gewesen sein (§ 1121);

b) ohne Veräußerung durch die innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme erfolgte Aufhebung der Zubehöreigenschaft (§ 1122 Abs. 2). Vgl. im übrigen oben S. 549 ff. die Erl. zu § 1121, § 1122 Abs. 2.

2. Soweit sich nach § 1265 das Pfandrecht auf das Zubehör erstreckt, umfaßt auch die Zwangsversteigerung des Schiffes das Zubehör (CPO. § 865 Abs. 1, § 870 Abs. 2; ZVG. § 20 Abs. 2, § 55, § 90 Abs. 2, § 162); eine Pfändung dieses Zubehörs findet nach § 865 Abs. 2 Satz 1 der CPO. nicht statt.

3. Auf die Versicherungsgelder und die Fracht erstreckt sich das eingetragene Schiffspfandrecht nicht. Vgl. dagegen bezüglich des Pfandrechts der Schiffsgläubiger HGB. §§ 756—758, Binnenschiffahrtsgesetz § 104.

4. Auf getrennte Bestandteile des Schiffes erstreckt sich das Pfandrecht gleichfalls. Für ihre Haftung gelten jedoch nicht die Vorschriften der §§ 1120—1122, sondern die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen (vgl. Erl. 1 zu § 1212). Die Zulässigkeit der Pfändung bestimmt sich nach § 865 Abs. 2 Satz 2 der CPO.

§ 1266.

E. I § 1197; II § 1173 rev. § 1251; III § 1249. P. I S. 5690 f., 5693, 6135 f.; M. III S. 847 f. P. II Bd. 3 S. 502. D. S. 677.

1. Zweck. Das Pfandrecht an einem registrierten Schiffe unterscheidet sich von dem Pfandrecht an anderen beweglichen Sachen seinem Zwecke gemäß dadurch, daß es ohne Einräumung des Besitzes an den Pfandgläubiger bestellt wird und diesem auch nicht das Recht zum Besitze des Pfandes (Erl. 2 b β zu § 1204) gewährt. Letzteres sprach der E. I § 1199 (P. I S. 5688 ff., 5693; M. III S. 848) besonders aus, während die zweite Kommission es als selbstverständlich ansah (P. II Bd. 3 S. 503).

Da nach § 1259 die §§ 1260—1271 das Schiffspfandrecht erschöpfend regeln sollen, bedarf es der Klarstellung, inwieweit auf das Schiffspfandrecht die allgemeinen Vorschriften der §§ 1205 ff. über das Pfandrecht Anwendung finden. Diese Frage entscheidet der § 1266, indem er jene Vorschriften insoweit für nicht anwendbar erklärt, als sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben. Hiernach und mit Rücksicht auf die ferneren Abänderungen, die aus den Sondervorschriften über das Schiffspfandrecht folgen, sind verhältnismäßig wenige der allgemeinen Vorschriften anwendbar. Wegen der Anwendbarkeit der §§ 1204, 1258 f. Erl. zu § 1259 und Erl. 2 d zu § 1272.

2. Von der Anwendung ausgeschlossen sind:

a) die §§ 1205—1207, an deren Stelle der § 1260 tritt (vgl. Erl. 1 a dazu);

b) der § 1208, weil er eine Verpfändung nach Maßgabe der §§ 1205—1207 voraussetzt (s. aber Erl. 2 c zu § 1262);

c) der § 1209, den der § 1261 ersetzt;

d) der § 1210, ersetzt durch § 1264;

e) der § 1212 als nach der Natur des Pfandes unanwendbar;

f) die §§ 1213—1221, § 1223 Abs. 1, § 1226 nach dem Grundsatze des § 1266 Satz 1 (den § 1219 halten in gewissem Sinne für anwendbar Lewis-Boyens S. 40, Mittelstein Bd. 1 S. 502 Erl. 2 i, die §§ 1219—1221 Knitschky S. 803);

g) die §§ 1228, 1230—1248 nach demselben Grundsatz und wegen § 1268;

h) die §§ 1251, 1253 gleichfalls nach § 1266 Satz 1.

---

8. Anwendbar bleiben somit nur:

a) der § 1211, betr. die Einreden des Verpfänders;

b) der § 1222, betr. die Haftung mehrerer Pfänder (vgl. FGG. § 116);

c) der § 1223 Abs. 2, soweit er dem Verpfänder, der nicht persönlicher Schuldner ist, das Recht zur Befriedigung des Gläubigers gibt (Erl. 3a zu § 1223), nebst den §§ 1224, 1225; doch kommen diese Vorschriften, da bei dem Schiffspfandrechte der Verpfänder der Eigentümer sein muß, nur im Falle nachträglicher Veräußerung des Schiffes in Betracht, während andernfalls der § 1249 maßgebend ist;

d) der § 1227, jedoch mit der Maßgabe, daß dem Pfandgläubiger nicht der Anspruch auf Herausgabe des Pfandes, sondern nur ein Anspruch auf Rückschaffung entfernter Zubehörstücke, der negatorische Anspruch und daneben der Berichtigungsanspruch nach § 1263 Abs. 1 zustehen (ebenso Knitschky S. 805; a. A. Schaps S. 24);

e) der § 1229 (Knitschky S. 806; a. A. Schaps);

f) der § 1249, betr. das Ablösungsrecht der dinglich Berechtigten; da durch die Zwangsversteigerung des Schiffes alle an diesem bestehenden Rechte erlöschen (ZVG. § 52 Abs. 1, § 91 Abs. 1, § 169 Abs. 1), so sind alle dinglich Berechtigten zur Ablösung befugt;

g) der § 1250, betr. den Übergang des Pfandrechts mit der Forderung; die Übertragung einer durch Schiffspfandrecht gesicherten Forderung vollzieht sich ohne Eintragung (M. III S. 847), kann aber nach Maßgabe des § 104 des FGG. nachträglich in das Register eingetragen werden;

h) die §§ 1252, 1254—1256, betr. das Erlöschen des Pfandrechts durch Erlöschen der Forderung, rechtsgeschäftliche Aufhebung und Vereinigung des Pfandrechts mit dem Eigentume, der § 1254 jedoch mit der im § 1266 Satz 2 bestimmten Abweichung. Als weitere Erlöschungsgründe treten hinzu, außer den in der Vorbm. zu den §§ 1252—1256 erwähnten, soweit diese auf das Schiffspfandrecht anwendbar sind,

α) die Zwangsversteigerung des Schiffes nach ZVG. § 52 Abs. 1, § 91 Abs. 1, § 169 Abs. 1;

β) die Ausschließung des unbekannten Gläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens nach § 1269;

γ) bei Seeschiffen der von dem Schiffer im Falle zwingender Notwendigkeit auf Grund seiner gesetzlichen Befugnisse bewirkte Verkauf des Schiffes nach HGB. § 764 Abs. 2.

Die Löschung des Pfandrechts im Register hat in allen Fällen des Erlöschens des Pfandrechts nur die Bedeutung einer Beurkundung des Erlöschens und einer Berichtigung des Registers. Sie erfolgt im Falle der Zwangsversteigerung auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts (ZVG. §§ 130, 162), sonst nach Maßgabe der §§ 100—102, 105, 107 des FGG. Vgl. über den Anspruch auf Aushändigung der zur Löschung erforderlichen Urkunden den § 1267.

i) der § 1257, betr. die Übertragung der Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht an einem Schiffe auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht an einem solchen. Von den gesetzlichen Pfandrechten des BGB. kommt für registrierte Schiffe das des Unternehmers an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, die bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind, nach § 647 in Betracht. Auf dieses Pfandrecht finden nach §§ 1259, 1266 Satz 1, 1257 die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäfte bestellte Pfandrecht an einem registrierten Schiffe entsprechende Anwendung, und zwar, ohne daß sich aus dem in § 1266 Satz 1 hervorgehobenen, hier aber nicht zutreffenden Umstande, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben. Der Unternehmer kann also nach § 1263 Abs. 1 zum Zwecke der Berichtigung des Registers Eintragung seines gesetzlichen Pfandrechts verlangen. Die Eintragung hat die im § 1262 Abs. 1 bestimmte Wirkung. Sie kann aber nur verlangt werden, solange das Pfandrecht besteht, mithin nicht mehr nach Ablieferung des Schiffes an den Besteller, da mit dieser das Pfandrecht nach § 1253 erlischt (a. A. Lehmann Bd. 2 S. 366). Auf das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers findet insbesondere auch der § 1268 Anwendung (RJA. 4 S. 222; vgl. Mittelstein S. 487 ff.; Biermann Erl. 2 zu § 1259). Über die sonstigen gesetzlichen Pfandrechte an Schiffen s. die Erl. 2b, c zu § 1257 und über die Tragweite der Vorschrift die Erl. 3 daselbst (s. ferner Lewis-Boyens S. 32; Knitschky S. 789, 806).

§. 1267. Der Verpfänder kann gegen Befriedigung des Pfandgläubigers die Aushändigung der zur Löschung des Pfandrechts erforderlichen Urkunden verlangen. Das gleiche Recht steht dem persönlichen Schuldner zu, wenn er ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Schiffsregisters hat.

§. 1268. Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Schiffe und dem Zubehöre nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach dem für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen.

---

§ 1267.

E. II § 1174 rev. § 1252; III § 1250. P. II Bd. 3 S. 739. D. S. 677.

Die Vorschriften entsprechen den für die Hypothek geltenden Vorschriften der §§ 1114, 1167.

1. **Satz 1** hat den Verpfänder im Auge, der nicht persönlicher Schuldner ist. Das Recht des Verpfänders zur Befriedigung des Gläubigers bestimmt sich in diesem Falle nach § 1223 Abs. 2 oder § 1249 (Erl. 3c zu § 1266). Der Verpfänder erwirbt durch die Befriedigung nach § 1224 oder § 1249 Satz 2 verb. mit § 268 Abs. 3 Satz 1 die Forderung nebst dem Pfandrechte. Der Verpfänder könnte hiernach erst nach erfolgter Befriedigung und nur insoweit, als nach § 1256 das Pfandrecht durch die Vereinigung mit dem Eigentum erlischt, die Löschung behufs Berichtigung des Grundbuchs betreiben, insbesondere gegen den Gläubiger den Berichtigungsanspruch nach § 1263 Abs. 1 geltend machen. Statt dessen gibt ihm der § 1267 Satz 1 zu seiner besseren Sicherung das Recht, die Aushändigung der zur Löschung erforderlichen Urkunden Zug um Zug gegen die Befriedigung des Pfandgläubigers zu verlangen. Zur Löschung erforderlich ist eine in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form erteilte Quittung oder Löschungsbewilligung des Gläubigers und bei Pfandrechten für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf Inhaber, einem Wechsel oder einem anderen indossabelen Papier außerdem die Schuldurkunde (FGG. § 101, § 107 Abs. 1, § 112 Abs. 1). Das gleiche Recht wie der Verpfänder wird der von diesem verschiedene Eigentümer als solcher haben müssen (ebenso Biermann).

2. **Satz 2** gewährt das gleiche Recht dem persönlichen Schuldner, der nicht zugleich Verpfänder (Eigentümer) ist, aber nur, wenn er ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Schiffsregisters hat. Bezüglich dieser Voraussetzung s. oben S. 646 Erl. 2 zu § 1167.

3. **Die Verpflichtung zur Tragung der Kosten** der erforderlichen Urkunden bestimmt sich nach § 897 (§ 1263 Abs. 1).

§ 1268.

E. I § 1204; II § 1175 rev. § 1253; III § 1251. M. I S. 5688 ff., 5692 f., 6252 f.; M. III S. 849 f. P. II Bd. 3 S. 504, 740; Bd. 4 S. 611. D. S. 677.

1. **Grund und Bedeutung.** Die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe unterliegen nach § 864 der CPO., in wesentlicher Übereinstimmung mit der früheren Landesgesetzgebung (M. III S. 849 Anm. 1), der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, weil nur das für diese maßgebende Verfahren der wirtschaftlichen Bedeutung, welche jenen Schiffen vermöge ihrer Größe und ihres Wertes zukommt, und dem Umfange der dabei zu berücksichtigenden Interessen gerecht wird. Aus denselben Gründen läßt auch der § 1268 die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Schiffe und dem Zubehöre (§ 1265) nur nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften auf Grund eines vollstreckbaren Titels zu, ebenso wie bei der Hypothek nach § 1147, dagegen abweichend von den allgemeinen Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§§ 1228, 1233 ff.).

2. **Die für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften** ergeben sich aus der CPO. § 864 Abs. 1, § 870 Abs. 2 und dem ZVG. §§ 162—170 (vgl. auch HGB. § 482). Die Zwangsvollstreckung erfolgt danach nur durch Zwangsversteigerung; Zwangsverwaltung ist ebenso wie die Eintragung eines der Zwangshypothek entsprechenden Pfandrechts ausgeschlossen.

Erforderlich und genügend als Grundlage der Zwangsversteigerung ist nach § 164 des ZVG. ein vollstreckbarer Titel nicht gegen den Eigentümer des Schiffes als solchen, den Reeder (HGB. § 484) oder den Schiffseigner (Binnenschiffahrtsgef. § 1), sondern gegen den Eigenbesitzer (§ 872). Die Klage des Pfandgläubigers ist daher gegen den Eigenbesitzer zu richten, und zwar auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Schiff wegen der Pfandforderung (vgl. Knitschky S. 808). In Ermangelung eines Eigenbesitzers wird die Klage oder die

§. 1269. Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Pfandrecht ausgeschlossen werden, wenn die im §. 1170 oder die im §. 1171 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erlischt das Pfandrecht. Die Vorschrift des §. 1171 Abs. 3 findet Anwendung.

§. 1270. Auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, finden die Vorschriften des §. 1189, auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber finden auch die Vorschriften des §. 1188 entsprechende Anwendung.

Zwangsvollstreckung gegen einen unter entsprechender Anwendung der §§ 58, 787 der CPO. zu bestellenden Vertreter zu richten sein (ebenso Mittelstein S. 506 bezüglich § 787; Lewis-Boyens § 40; Biermann Erl. 1 zu § 1268).

3. Der § 1268 bezieht sich nicht nur auf rechtsgeschäftlich bestellte, sondern auch auf gesetzliche Pfandrechte an einem registrierten Schiffe (vgl. Erl. 3i zu § 1266). Doch gelten für die Ausübung der gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger die teilweise abweichenden Vorschriften des HGB. (§§ 510, 696, 751, 755, 761) und des Binnenschiffahrtsgesetzes (§§ 2, 97, 103); vgl. ZVG. § 164 Satz 1.

§ 1269.

E. II § 1176 rev. § 1254; III § 1252. P. II Bd. 3 S. 507 f., 739; Bd. 6 S. 391 f. D. S. 677.

Die Vorschrift beruht auf den gleichen Erwägungen wie die §§ 1170, 1171. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens ergeben sich aus § 1170 Abs. 1, § 1171 Abs. 1 und den Erl. dazu (oben S. 651, 654). Das Verfahren regelt die CPO. § 988 Abs. 1, § 1024.

Ähnliche Vorschriften für die Pfandrechte der Schiffsgläubiger enthalten das HGB. § 765 und das Binnenschiffahrtsgesetz § 110.

§ 1270.

E. II § 1178 rev. § 1255; III § 1253. P. II Bd. 4 S. 611 f. D. S. 677.

Der § 1270 trägt einem bei Anleihen der großen Schiffahrtsgesellschaften hervorgetretenen Bedürfnisse Rechnung, indem er die Bestellung eines Schiffspfandrechts für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder einem indossabelen Papiere als zulässig anerkennt und dieses Pfandrecht im Anschluß an die Vorschriften der §§ 1188, 1189 über die entsprechende Hypothek durch einige Sondervorschriften regelt. Diese behandeln:

1. in betreff des Pfandrechts für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber:

a) die Bestellung des Pfandrechts; diese erfolgt durch die Erklärung des Eigentümers gegenüber der Registerbehörde und die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung (§ 1188 Abs. 1); bezüglich der Eintragung eines Pfandrechts für Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber vgl. FGG. § 117;

b) die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Ausschließung des unbekannten Pfandgläubigers nach § 1170 verb. mit § 1269; sie sind nach Maßgabe des § 1188 Abs. 2 erschwert;

c) die Bestellung eines Vertreters des jeweiligen Gläubigers, auf welche die Vorschriften des § 1189 entsprechende Anwendung finden (vgl. dazu § 16 des Reichsges., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. Dezember 1899, der hier gleichfalls entsprechend anzuwenden sein wird);

2. in betreff des Pfandrechts für die Forderung aus einem Wechsel oder einem anderen indossabelen Papiere nur den zu 1c erwähnten Punkt.

Vgl. im übrigen die Erl. zu §§ 1188, 1189 (oben S. 705 ff.).

Für beide vorerwähnte Fälle des Pfandrechts gelten die besonderen Verfahrensvorschriften des FGG. § 112.

§. 1271. Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Schiff haften soll, bestimmt, im Uebrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Schiffsregister eingetragen werden.

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet.

§. 1272. Die Vorschriften der §§. 1260 bis 1271 gelten auch für das Pfandrecht an einer Schiffspart.

---

§ 1271.

E. II § 1177 rev. § 1256; III § 1254. P. II Bd. 3 S. 739. D. S. 677.

Der § 1271 läßt ein der Kautionshypothek entsprechendes Pfandrecht an einem Schiffe zu. Er ist dem § 1190 Abs. 1, 2 nachgebildet. Vgl. oben S. 712 ff. die Erl. zu diesen Vorschriften.

§ 1272.

E. I § 1205; II § 1179 rev. § 1257; III § 1255. P. I S. 5688 ff., 5694, 5699 ff., 5778 f.; M. III S. 850 f. P. II Bd. 3 S. 504 ff. D. S. 677.

1. Der § 1272 regelt das Pfandrecht an einer Schiffspart (vgl. über das bisherige Recht Mittelstein, Deutsches Schiffspfandrecht ꝛc. S. 248 ff.).

a) Den Begriff Schiffspart bestimmt das HGB. § 474 (früher Art. 439) als einen Anteil an einem zum Erwerbe durch die Seeschiffahrt bestimmten Seeschiffe. Die Schiffspart ist danach ein ideeller Eigentumsanteil. Mit der Schiffspart sind ferner nach den Vorschriften über die Reederei (§§ 489 ff.) gesellschaftsrechtliche Rechte und Verbindlichkeiten gegenüber den Mitreedern und dem etwaigen Korrespondentreeder verbunden. Doch bleibt für das Wesen der Schiffspart und daher auch für ihre Veräußerung und Verpfändung ihre Natur als Eigentumsanteil am Schiffe das Überwiegende. Dieser in der Praxis, der Wissenschaft und der bisherigen Gesetzgebung herrschenden Auffassung (RG. 14 S. 14; Mittelstein S. 249; preuß. ALR. I, 20, § 327; oldenburg. Ges. v. 3. April 1876) folgt das BGB., indem es die Verpfändung einer Schiffspart nach den für die Verpfändung des Schiffes, nicht nach den für die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils geltenden Vorschriften regelt (vgl. über Schiffsparten ferner HGB. §§ 474—477, § 491 Abs. 1 Satz 3, § 493 Abs. 5, §§ 500—504, 507, 900; Flaggenges. v. 22. Juni 1899 § 3).

b) Für Binnenschiffe findet sich im Binnenschiffahrtsgesetze der Begriff des Schiffspart nicht. Das Gesetz erwähnt zwar im § 124 Abs. 2 Nr. 5, 6 (Fassung v. 20. Mai 1898) den Anteil eines Miteigentümers des Schiffes, ohne ihn jedoch als Schiffspart zu bezeichnen. Dagegen verwendet der § 858 der CPO. den Begriff Schiffspart technisch in einem weiteren Sinne für den Anteil an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe überhaupt. In dieser weiteren, die Binnenschiffe mitumfassenden Bedeutung ist das Wort Schiffspart auch im § 1272 zu verstehen.

2. Im einzelnen ist über die Anwendung der §§ 1260—1271 auf Schiffsparten folgendes zu bemerken:

a) Die Bestellung des Pfandrechts erfolgt nach § 1260 durch Einigung und Eintragung in das Schiffsregister entsprechend dem preuß. ALR. I, 20, § 327 und dem oldenburg. Ges. v. 3. April 1876 § 1, während die in Mecklenburg-Schwerin und Bremen früher geltende Verpfändung durch Übergabe einer über die Schiffspart ausgestellten Eigentumsakte beseitigt ist.

b) Die Vorschriften des § 1261 über das Rangverhältnis sind nur anwendbar auf das Verhältnis mehrerer an der Schiffspart bestellten Pfandrechte unter einander, nicht auf das Verhältnis solcher zu den an dem ganzen Schiffe bestellten Pfandrechten. Soweit der Schiffsparteneigentümer, wie bei der Reederei, an die Mehrheitsbeschlüsse der übrigen Parteneigentümer gebunden ist, kann er ein Pfandrecht an seiner Part nur mit der Beschränkung bestellen, daß die später am ganzen Schiffe bestellten Pfandrechte dem Schiffspartenpfandrechte vorgehen. Dementsprechend bleiben die Pfandrechte am ganzen Schiffe von dem Verkauf einer Schiffspart zum Zwecke der Befriedigung eines Schiffspartpfandgläubigers unberührt (vgl. CPO.

Zweiter Titel.
Pfandrecht an Rechten.

§ 858 Abs. 6; Mittelstein S. 170—172; Biermann Erl. 1 zu § 1272; im Ergebnis übereinstimmend Knitschky S. 824).

c) Die Veräußerung durch bloßen Vertrag, die der § 1262 Abs. 2 Satz 1 im Auge hat, ist nach HGB. § 474 auch für Schiffsparten zugelassen.

d) Die nach der Erl. 3 zu § 1266 auf das Schiffspfandrecht anwendbaren allgemeinen Vorschriften sind auch auf das Schiffspartenpfandrecht anwendbar. Nur gibt es keine gesetzlichen Pfandrechte an Schiffsparten. Die Vorschriften des früheren Art. 467 Abs. 2 Satz 2, welche den Landesgesetzen die Einführung eines gesetzlichen Pfandrechts für Vorschüsse der Mitreeder vorbehielt, ist in den entsprechenden § 500 Abs. 2 des HGB. nicht übernommen.

In Frage kommen kann, inwieweit auf das Schiffspartenpfandrecht die besonderen Vorschriften des § 1258 über das Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers anwendbar sind. Der E. I erklärte im § 1205, wie der jetzige § 1272, die vorhergehenden Vorschriften auf das Schiffspartenpfandrecht für entsprechend anwendbar, sprach aber im § 1197 die jetzt im § 1266 Satz 1 enthaltene Bestimmung allgemein für die Vorschriften über das Faustpfandrecht aus. Aus § 1205 in Verbindung mit § 1197 war daher der Satz zu entnehmen, daß auch die (dem jetzigen § 1258 entsprechenden) Vorschriften des E. I § 1148 auf das Schiffspartenpfandrecht insoweit anwendbar seien, als sich nicht daraus, daß das Pfandrecht nicht mit der Inhabung des Schiffes verbunden ist, eine Abweichung ergebe. Die M. III S. 850f. führen gegen die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 1184, ohne die Frage entscheiden zu wollen, folgendes aus: Setze man die im § 1184 Abs. 1 dem Quotenpfandgläubiger zuerkannte interimistische Ausübung der in dem Miteigentume sich gründenden Rechte der Inhabung gleich, so könne man daraus, daß bei dem Schiffspfandrechte dem Eigentümer die Inhabung belassen werden solle, folgern, daß der Eigentümer einer verpfändeten Schiffspart den Genuß der Nutzungen des Pfandobjekts behalten müsse und daher auch in den inneren Angelegenheiten der Reederei, die mit der Schiffspart verbundene Stimme zu führen habe und daß er weiter auch bei der Beschlußfassung über die Auflösung der Reederei oder die Veräußerung des Schiffes mitzustimmen befugt sei, da er durch die Stimmabgabe sein Interesse an den ihm gebührenden Nutzungen wahrnehme. Diesen Ausführungen ist beizutreten.

Wie in der Erl. 3 zu § 1258 bemerkt ist, dient die Vorschrift des § 1258 Abs. 1 zur Wahrung des Rechtes des Pfandgläubigers auf den Mitbesitz des Pfandes, dieses Recht aber fehlt dem Schiffspartenpfandgläubiger. Der § 1258 Abs. 1 ist daher auf das Pfandrecht an einer Schiffspart nicht übertragbar (a. A. Biermann Erl. 2). Für den § 1258 Abs. 2 ergibt sich das gleiche bei Schiffsparten von Seeschiffen daraus, daß dem einzelnen Mitreeder ein Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft nicht zusteht (HGB. § 505 Abs. 3; a. A. Knitschky S. 826, der den Abs. 2 Satz 1 für entsprechend anwendbar hält, und Biermann, der außerdem bei Schiffsparten von Binnenschiffen den Abs. 2 ganz für anwendbar erachtet). Auch die Vorschrift des § 1258 Abs. 3 ist auf das Schiffspartenpfandrecht nicht anwendbar, weil für die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft an einem Schiffe die Vorschriften des ZVG. §§ 180ff. gelten, welche die Rechte der Schiffspartenpfandgläubiger nach Aufhebung der Gemeinschaft in abweichender Weise regeln (für Unanwendbarkeit des § 1258 überhaupt auch Gierke, Sachenrecht S. 1001 Anm. 6; Kober Erl. 2; Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht S. 509).

e) Die Vorschrift des § 1268 findet auch auf die Befriedigung des Pfandgläubigers aus einer Schiffspart Anwendung. Doch unterliegen die Schiffsparten der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen nach Maßgabe des § 858 der CPO. Die Befriedigung des Pfandgläubigers erfolgt danach durch Verkauf der Part (Knitschky S. 823). Erforderlich ist ein gegen den Eigentümer der Schiffspart vollstreckbarer Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Part wegen der Pfandforderung.

Zweiter Titel.

1. **In betreff des Begriffs und der Bedeutung des Pfandrechts an Rechten** kann im allgemeinen auf die Vorbm. 1 zu den Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten (S. 440) verwiesen werden. Das Pfandrecht an einem Rechte gewährt dem Pfandgläubiger, ebenso wie

§. 1273. Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein.

Auf das Pfandrecht an Rechten finden die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§. 1274 bis 1296 ein Anderes ergiebt. Die Anwendung der Vorschriften des §. 1208 und des §. 1213 Abs. 2 ist ausgeschlossen.

---

das Pfandrecht an einer Sache, eine von dem Willen des Verpfänders unabhängige, unmittelbare Herrschaft über seinen Gegenstand in den durch den Zweck des Pfandrechts bestimmten Grenzen. Der Zweck des Pfandrechts ist hier wie dort Sicherung der Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande wegen seiner Forderung. Aus der Gleichheit des Zweckes ergibt sich die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über das Sachenpfandrecht auf das Pfandrecht an Rechten, jedoch vorbehaltlich der abweichenden Vorschriften des vorliegenden Titels. Diese sind deshalb notwendig, weil bei dem Pfandrecht an Rechten die Natur seines Gegenstandes andere Mittel zur Erreichung des Pfandzweckes erfordert als bei dem Sachenpfandrechte.

Der Kreis der Rechte, die Gegenstand eines Pfandrechts sein können, ist ein ziemlich beschränkter (vgl. Erl. 3 zu § 1274).

2. Die Anordnung des Titels ist folgende:

Die §§ 1273—1278 enthalten allgemeine Vorschriften. Der § 1273 spricht die Zulässigkeit des Pfandrechts an Rechten aus und erklärt die Vorschriften über das Sachenpfandrecht für entsprechend anwendbar. Der § 1274 betrifft die Bestellung des Pfandrechts an Rechten und schließt die Verpfändung nicht übertragbarer Rechte aus. Der § 1275 behandelt das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und einem Dritten, der kraft des verpfändeten Rechtes zu einer Leistung verpflichtet ist, der § 1276 die Aufhebung oder Änderung des verpfändeten Rechtes, der § 1277 die Art der Befriedigung des Pfandgläubigers, der § 1278 das Erlöschen des mittels Übergabe einer Sache bestellten Pfandrechts durch Rückgabe der Sache.

Die §§ 1279—1290 enthalten besondere Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen (vgl. des näheren Erl. 2 zu § 1279). Der § 1291 dehnt diese Vorschriften auf das Pfandrecht an Grundschulden und Rentenschulden aus.

Die §§ 1292—1296 betreffen das Pfandrecht an Wertpapieren, und zwar der § 1292 die Verpfändung von Wechseln und anderen indossabelen Papieren, der § 1293 das Pfandrecht an Inhaberpapieren, der § 1294 das Einziehungsrecht des Pfandgläubigers bei indossabelen und Inhaberpapieren, der § 1295 das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers bei indossabelen Papieren mit einem Börsen- oder Marktpreise, der § 1296 die Erstreckung des Pfandrechts an einem Wertpapier auf die dazu gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine.

3. Der Vorbehalt des früheren § 17 Nr. 1 des EG. zur KO., welcher der Landesgesetzgebung gestattete, den Inhabern gewisser Pfandbriefe oder ähnlicher auf Grund erworbener Forderungen ausgestellter Wertpapiere unter den dort bezeichneten Voraussetzungen ein Pfandrecht an den Forderungen zu gewähren, ist durch den § 43 des Hypothekenbankges. v. 13. Juli 1899 beseitigt. Nach der hier vorgesehenen neuen Fassung des § 17 in Verbindung mit Art. III des EG. zu dem Ges., betr. Änderungen der KO., ist der Landesgesetzgebung nur noch die Gewährung eines Vorrechts im Konkurse sowie außerhalb des Konkurses nach dem Vorbilde des § 35 des Hypothekenbankges. gestattet.

§ 1273.

E. I §§ 1206, 1209, § 1214 Abs. 1; II § 1180 rev. § 1258; III § 1256. P. I S. 5705 ff., 5710, 5714 f., 5721 ff., 5740 ff., 6136, 6253, 6257, 6268, 6273; M. III S. 852, 854 f., 857 f. P. II Bd. 3 S. 517, 519, 523.

1. Der Abs. 1 stellt gegenüber dem § 1204 Abs. 1 klar, daß in der dort gegebenen gesetzlichen Begriffsbestimmung des Pfandrechts die gegenständliche Beschränkung auf bewegliche Sachen nicht wesentlich ist, daß vielmehr auch Rechte Gegenstand eines Pfandrechts, d. h. eines Dritten gegenüber wirksamen Rechtes auf Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande wegen einer Forderung, sein können. Daß, abgesehen von diesem Hauptinhalte, das Pfandrecht an Rechten inhaltlich dem an Sachen nicht gleich ist, ergibt der Abs. 2.

Nicht jedes Recht kann jedoch Gegenstand eines Pfandrechts sein. In Betracht kommen zunächst nur Privatrechte. Von diesen scheidet einmal das Eigentum aus, weil statt dessen die Sache selbst als Gegenstand des Pfandrechts dient. Weiter sind hier die Berechtigungen auszuschließen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, wie das Erbbau-

recht (§ 1017), die im EG. Art. 63, 68, 196 bezeichneten und andere auf vorbehaltenem Landesrechte beruhende Berechtigungen der gedachten Art, weil an solchen Berechtigungen nur wie an Grundstücken Hypotheken bestellt werden können.

Endlich wird der Kreis der Rechte, die Gegenstand eines Pfandrechts sein können, durch § 1274 Abs. 2 sehr erheblich eingeengt (Erl. zu § 1274).

Nur ein bestehendes Recht kann verpfändet werden. Die Begründung eines Pfandrechts des Inhalts, daß der Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung befugt sein solle, ein Recht an einer Sache zu bestellen, ist nicht zugelassen, weil es sich dabei um ein Pfandrecht an der Sache handeln würde, bei welchem dem Gläubiger statt des Verkaufsrechts das Recht zur Belastung der Sache eingeräumt wäre, es aber an einem Bedürfnisse fehlt, die Vereinbarung einer solchen anomalen Art der Befriedigung des Gläubigers mit dinglicher Wirkung zuzulassen. Der Schuldner kann aber zur Sicherung des Gläubigers diesem eine unwiderrufliche Einwilligung zur Belastung einer Sache erteilen (§ 183, § 185 Abs. 1; vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1028).

2. Abs. 2. **In bezug auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen**, ist folgendes zu bemerken:

a) Das Pfandrecht an einem Rechte gewährt dem Pfandgläubiger ein Recht zum Besitz einer Sache nur dann, wenn zur Bestellung des Pfandrechts die Übergabe einer Sache erforderlich ist (Erl. 2a zu § 1274) oder wenn sich das Pfandrecht auf eine Sache erstreckt, wie das Pfandrecht an einer Forderung auf den Schuldschein (§ 952 Abs. 1 Satz 2). Nur in diesen Fällen kann eine entsprechende Anwendung derjenigen Vorschriften in Frage kommen, welche Besitz des Pfandes seitens des Pfandgläubigers voraussetzen. Ganz allgemein sind die Vorschriften über das Sachenpfandrecht auf das Pfandrecht an Inhaberpapieren anwendbar (§ 1293).

b) Die §§ 1205, 1206 sind nur nach § 1274 Abs. 1 Satz 2 auf die Verpfändung von Rechten anwendbar, zu deren Übertragung die Übergabe einer Sache erforderlich ist.

c) Die Vorschriften der §§ 1207, 1208 über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers eines Pfandrechts gelten für das Pfandrecht an Rechten (außer Inhaberpapieren) nicht. Im E. I § 1209 war die Unanwendbarkeit für beide Vorschriften ausgesprochen (M. III S. 854 f.). Die zweite Kommission hielt eine ausdrückliche Bestimmung nur in betreff des § 1208 für erforderlich (vgl. Abs. 2 Satz 2), in betreff des § 1207 aber für entbehrlich, weil letzterer die Übergabe einer Sache voraussetze, die Übertragung und folgeweise auch die Verpfändung eines Rechtes sich aber regelmäßig ohne Übergabe vollziehe (P. II Bd. 3 S. 519). Aber auch in den Fällen, in denen zur Verpfändung eines Rechtes die Übergabe einer Sache erforderlich ist, ergibt sich die Unanwendbarkeit des § 1207 daraus, daß für die Verpfändung eines Rechtes grundsätzlich die für dessen Übertragung geltenden Vorschriften maßgebend sind, bei Rechten aber, zu deren Übertragung die Übergabe einer Sache erforderlich ist, diese Übergabe allein nicht als Grundlage für einen Schutz des gutgläubigen Erwerbers anerkannt ist. Der § 1274 Abs. 1 Satz 2 erklärt daher in den bezeichneten Fällen nur die §§ 1205, 1206 für anwendbar. Ein Schutz des gutgläubigen Erwerbers findet bei der Verpfändung von Rechten nur unter denselben Voraussetzungen statt wie bei der Übertragung der Rechte, insbesondere bei den im Grundbuch eingetragenen Rechten nach Maßgabe des § 892, bei Briefhypotheken, -grundschulden und -rentenschulden außerdem nach § 1155 (s. oben S. 615, 621 Erl. 5 zu § 1151, Erl. 3b zu § 1155; übereinstimmend jetzt auch Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 371, ferner Biermann Erl. 2a zu § 1274).

d) Die Vorschriften der §§ 1209—1211 über den Rang des Pfandrechts, den Umfang der Pfandhaftung und die Einreden des Verpfänders gelten auch für das Pfandrecht an Rechten.

e) Der § 1212 (Erstreckung des Pfandrechts auf Erzeugnisse) ist unanwendbar. Wegen der Zinsen einer Forderung vgl. § 1289.

f) Die Vorschrift des § 1213 Abs. 1 findet Anwendung. Auch das Pfandrecht an einem Rechte kann also dahin erweitert werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Rechtes (§ 99 Abs. 2, 3, § 100) zu beziehen. Die Anwendung des § 1213 Abs. 2 ist dagegen durch § 1273 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich ausgeschlossen. Bei Rechten, die Erträge liefern, besteht somit keine Vermutung dafür, daß der Pfandgläubiger zum Bezuge der Erträge befugt sein soll, weil dies bei der Verpfändung von Rechten der regelmäßigen Parteiabsicht nicht entspricht. Der E. I enthielt im § 1214 Abs. 3 eine Vermutung nur für den Fall, daß der Nießbrauch an einer Sache verpfändet und dem Pfandgläubiger die Innehabung der mit dem Nießbrauche belasteten Sache überlassen ist. Diese Bestimmung erledigte sich durch die in zweiter

Lesung beschlossene Unübertragbarkeit des Nießbrauchs. Ist bei der Verpfändung eines anderen an einer Sache auszuübenden Rechtes, z. B. eines Pachtrechts, die Sache dem Pfandgläubiger übergeben, so ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden, ob der Pfandgläubiger befugt sein soll, die kraft des Rechtes dem Verpfänder gebührenden Nutzungen seinerseits zu ziehen.

Ist dem Pfandgläubiger das Recht zum Bezuge der Nutzungen vertragsmäßig eingeräumt, so gelten für das entstehende Rechtsverhältnis die Vorschriften des **§ 1214**. Der E. I sprach dies im § 1214 Abs. 2 ausdrücklich aus und erklärte zugleich die §§ 1026, 1027 für entsprechend anwendbar, während die zweite Kommission die Bestimmung für überflüssig erachtete, ohne sie sachlich zu beanstanden. Soweit also die Früchte des Rechtes in Ansprüchen gegen Dritte bestehen, gilt für den Erwerb dieser Ansprüche durch den Pfandgläubiger entsprechend dem in zweiter Lesung als entbehrlich gestrichenen § 1026 des E. I das oben S. 442 in der Erl. 2a Bemerkte; auf das Pfandrecht an einer Leibrente, einem Auszug oder einem ähnlichen Rechte findet ferner der § 1073 Anwendung, der dem § 1027 des E. I entspricht.

g) Die Vorschrift des **§ 1215** über die Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers ist unmittelbar nur auf Sachen anwendbar, die der letztere zum Zwecke der Bestellung des Pfandrechts oder auf Grund des Pfandrechts in seinen Besitz bekommen hat. Außerdem wird aber eine entsprechende Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Fürsorge für Erhaltung des verpfändeten Rechtes anzuerkennen sein, soweit diese Fürsorge nicht Sache des Verpfänders ist.

h) Wegen einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift des **§ 1216** über den Ersatz von Verwendungen vgl. Erl. 2 a. E. zu § 1068.

i) Die entsprechende Anwendbarkeit des **§ 1217 Abs. 1** ist für das Pfandrecht an Rechten, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, im § 1275 anerkannt. Wenn dort von einer nach § 1217 Abs. 1 getroffenen gerichtlichen Anordnung gesprochen wird, so kann dabei nicht an die gerichtliche Bestellung eines Verwahrers, von welcher der § 1217 Abs. 1 unmittelbar handelt, gedacht sein, sondern nur an eine gerichtliche Anordnung, durch welche die Ausübung des Pfandrechts, insbesondere bei Forderungen die Ausübung des Einziehungsrechts des Pfandgläubigers, ähnlich wie nach § 1052 bei dem Nießbrauche, für Rechnung des Pfandgläubigers einem gerichtlich bestellten Verwalter übertragen wird; denn nur im Falle einer solchen Anordnung kann die Vorschrift des § 1070 Abs. 2, wie der § 1275 bestimmt, entsprechende Anwendung finden. Der § 1275 setzt also voraus, daß der § 1217 Abs. 1 in dem dargelegten Sinne auf das Pfandrecht an Rechten Anwendung findet. Ist dies aber der Fall, so wird man auch den **§ 1217 Abs. 2** mit der Maßgabe für anwendbar erachten müssen, daß der Verpfänder an Stelle der Rückgabe des Pfandes, entsprechend dem § 1266 Satz 2, die Aufhebung des Pfandrechts gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen kann (ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 520).

k) Der **§ 1218 Abs. 1** erscheint auf das Pfandrecht an Rechten mit der soeben erwähnten Maßgabe anwendbar. Dem Verderbe des Pfandes entspricht die Vernichtung des Rechtes. Auch die Anzeigepflicht nach **§ 1218 Abs. 2** ist hierher übertragbar; sie besteht jedoch nicht, wenn die Erhaltung des Rechtes dem Verpfänder obliegt (Düringer-Hachenburg S. 520).

l) Die Vorschriften der **§§ 1219—1221** über den Selbsthilfeverkauf des Pfandes sind dagegen unanwendbar, weil bei dem Pfandrecht an Rechten dem Pfandgläubiger sogar nach dem Eintritte seines Befriedigungsrechts das Recht zum Privatverkaufe nicht zusteht (§ 1277, vgl. auch § 1295).

m) Der **§ 1222** findet auf das Pfandrecht an mehreren Rechten oder an Sachen und Rechten Anwendung.

n) Die Vorschrift des **§ 1223 Abs. 1** über die Rückgabepflicht des Pfandgläubigers ist auf die unter f bezeichneten Sachen unmittelbar und auf das verpfändete Recht entsprechend anwendbar. Die Bestimmungen der **§ 1223 Abs. 2, §§ 1224, 1225** finden mit der Maßgabe Anwendung, daß der Verpfänder statt der Rückgabe des Pfandes die Aufhebung des Pfandrechts verlangen kann.

o) Der **§ 1226**, betreffend die Verjährung der beiderseitigen Ersatzansprüche, ist anwendbar, ebenso der **§ 1227** in bezug auf den dinglichen Schutz des Pfandgläubigers hinsichtlich der unter f bezeichneten Sachen.

p) Die Vorschriften über die Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verkauf des Pfandes (**§ 1228 Abs. 1, §§ 1230—1244, 1247, 1248**), sind durch den § 1277 Satz 1 im

§. 1274. Die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte erfolgt nach den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften. Ist zur Uebertragung des Rechtes die Uebergabe einer Sache erforderlich, so finden die Vorschriften der §§. 1205, 1206 Anwendung.

Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden.

---

allgemeinen von der Anwendung ausgeschlossen (bezüglich der §§ 1247, 1248 a. A. Biermann Erl. 2b zu § 1273). Nur soweit bei verpfändeten Rechten ausnahmsweise ein Privatverkauf zugelassen ist (§§ 1293, 1295), sind jene Vorschriften anwendbar (JW. 1905 S. 692).

Allgemein anwendbar sind dagegen der **§ 1228 Abs. 2** (Voraussetzungen des Befriedigungsrechts), der **§ 1229** (Verbot des Verfallvertrags) sowie der **§ 1245**, dieser in dem Sinne, daß die Beteiligten eine von der gesetzlichen abweichende Art der Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande vereinbaren können (vgl. § 1277 Satz 2 und Erl. 2 zu § 1277).

q) Die Vorschriften des **§ 1249** gelten auch für das Ablösungsrecht desjenigen, welchem das verpfändete Recht oder ein durch die Veräußerung erlöschendes Recht an diesem Rechte zusteht.

r) Für die Übertragung des Pfandrechts gelten die Vorschriften des **§ 1250**. Das Pfandrecht geht danach auch dann mit der Übertragung der dadurch gesicherten Forderung auf den neuen Gläubiger über, wenn das verpfändete Recht im Grundbuch eingetragen ist. Durch diesen Übergang wird das Grundbuch zum Nachteile des neuen Pfandgläubigers unrichtig. Dieser ist deshalb durch die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) gefährdet und kann daher nach Maßgabe der §§ 894—899 Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Überganges des Pfandrechts auf ihn sowie Eintragung eines Widerspruchs verlangen. Die formalen Voraussetzungen der Berichtigung ergeben sich aus der GBO. (insbes. §§ 19, 22, § 26 Abs. 2).

Die Vorschriften des **§ 1251** finden zunächst auf die unter f genannten Sachen entsprechende Anwendung. Weiter aber werden sie auch auf den Fall entsprechend anzuwenden sein, daß eine durch ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache gesicherte Forderung verpfändet wird. Der Forderungspfandgläubiger wird demnach von dem Verpfänder Einräumung des diesem zustehenden Besitzes der Pfandsache verlangen können (ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 516; Biermann Erl. 2 zu § 1280; a. A. Cosack Bd. 2 S. 306 Nr. 2a).

s) Auf das Erlöschen des Pfandrechts an einem Rechte finden die Vorschriften der **§§ 1252—1256** entsprechende Anwendung, der **§ 1253** nach Maßgabe des § 1278, der **§ 1254** derart, daß an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes der Anspruch auf Aufhebung des Pfandrechts tritt (zu § 1256 vgl. Thal in der zu § 1279 angeführten Schrift S. 140 ff.). Wegen der Anwendbarkeit der **§§ 1255, 1256** ist hier eine besondere Vorschrift, wie sie der § 1072 für den Nießbrauch an Rechten enthält, nicht für erforderlich erachtet worden. Das oben S. 447 in der Erl. zu § 1072 Gesagte trifft auch hier zu; nur kann das Pfandrecht an einem Rechte auch dadurch mit diesem in einer Person zusammentreffen, daß derjenige, welchem das Recht zusteht, die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung und mit ihr das Pfandrecht durch Übertragung oder Erbgang erwirbt.

t) Der **§ 1257** findet auch auf gesetzliche Pfandrechte an Rechten Anwendung. Solche gewährt z. B. das HGB. §§ 756, 758 den Schiffsgläubigern. Auf solche gesetzlichen Pfandrechte an Rechten sind die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht an Rechten entsprechend anwendbar, soweit die Anwendung nicht durch Sondervorschriften ausgeschlossen ist.

§ 1274.

E. I § 1207, § 1208 Satz 1, § 1210; II § 1181 rev. § 1259; III § 1257.
P. I S. 5706, 5708 ff., 6252 f., 6256 f., 11996; M. III S. 852 ff. P. II Bd. 3 S. 517 ff.

1. Die Vorschrift des **Abs. 1 Satz 1** entspricht der des § 1069 Abs. 1. Vgl. daher oben S. 443 Erl. 1 zu § 1069. Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bedarf nach Satz 1 verb. mit § 15 des Ges. über die Gesellschaften m. b. H. gerichtlicher oder notarieller Form (RG. 53 S. 107, JW. 1903 Beil. S. 74). Für den auf eine

solche Verpfändung gerichteten obligatorischen Vertrag gilt dieses Formerfordernis aber nicht (RG. 58 S. 226). Die für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften finden selbstverständlich auf die Verpfändung nur mit der Maßgabe Anwendung, daß das erforderliche Rechtsgeschäft auf Bestellung eines Pfandrechts gerichtet sein muß. Satz 1 sagt nicht, daß die Bestellung des Pfandrechts durch Übertragung erfolgt (RG. bei Gruch. 49 S. 101).

2. **Abweichungen von der Regel des Abs. 1 Satz 1** bestimmen:

a) der **Abs. 1 Satz 2** für die Fälle, in denen zur Übertragung des Rechtes die Übergabe einer Sache erforderlich ist, wie nach § 1154 Abs. 1, § 1192, § 1199 Abs. 1 zur Übertragung einer Briefhypothek, -grundschuld oder -rentenschuld die Übergabe des Briefes. Nach § 1154 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 verb. mit § 1117 Abs. 1 Satz 2 würden auf die Übergabe des Briefes die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930, 931 Anwendung finden. Statt dessen erklärt der Abs. 1 Satz 2 die Vorschriften der §§ 1205, 1206 für anwendbar, läßt also als Ersatz der Übergabe, abweichend von den §§ 930, 931, das constitutum possessorium nicht und die Abtretung des dem Verpfänder gegen einen dritten Besitzer des Briefes zustehenden Herausgabeanspruchs nur bei mittelbarem Besitze des Verpfänders und in Verbindung mit der Anzeige der Verpfändung an den Besitzer seitens des Verpfänders zu; dagegen gestattet er ferner Ersatz der Übergabe durch Einräumung des Mitbesitzes nach § 1206. Die Gründe dieser Sondervorschrift sind dieselben wie für die §§ 1205, 1206 selbst. Neben Abs. 1 Satz 2 bleiben nach Abs. 1 Satz 1 auf die Verpfändung von Briefhypotheken rc. anwendbar die Vorschriften des § 1117 Abs. 2, 3, betreffend den Ersatz der Briefübergabe durch die Vereinbarung, daß der Gläubiger sich den Brief von dem Grundbuchamte solle aushändigen lassen können, und betreffend die Vermutung der erfolgten Briefübergabe (bezüglich des Abs. 2 a. A. Biermann Erl. 2a, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht 3. Aufl. Bd. 1 S. 835, die mit Berufung auf § 1205 Abs. 2 Anzeige der Verpfändung an das Grundbuchamt fordern; wie hier Turnau-Förster 2. Aufl. S. 901 Erl. 1b zu § 1274).

Die bloße Verpfändung des Hypothekenbriefs begründet weder ein Pfandrecht an der Hypothekenforderung noch überhaupt ein Pfandrecht (RG. bei Gruch. 49 S. 367; vgl. oben S. 748 Erl. 2a zu § 1204).

Einen weiteren Anwendungsfall des Abs. 1 Satz 2 enthält der § 792 Abs. 1 Satz 3, wonach zur Übertragung der Anweisung auf einen Dritten die Aushändigung der Anweisung an ihn erforderlich ist.

Wegen der Rechte aus Inhaberpapieren s. Erl. 2a zu § 1293;

b) der § 1280 für die Verpfändung einer durch formlosen Abtretungsvertrag übertragbaren Forderung. Der E. I § 1212 sah eine Verschärfung der Übertragungserfordernisse auch für die Verpfändung anderer durch formlosen Vertrag übertragbarer Rechte (vgl. § 413) vor, indem er für den Verpfändungsvertrag gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderte (P. I S. 5708 f., 5720, 6268, 6273; M. III S. 856). Die zweite Kommission hat diese Vorschrift aber als entbehrlich gestrichen (P. II Bd. 3 S. 520).

3. **Der Abs. 2 entspricht** sachlich dem § 1069 Abs. 2.

a) Die **Unübertragbarkeit** ergibt sich bei Rechten, die nur höchstpersönliche Befugnisse verleihen, ohne weiteres aus ihrem Inhalte. Sie kann aber auch auf positiver Gesetzesvorschrift beruhen. Insbesondere sind unübertragbar und folglich unverpfändbar nach BGB.:

die Mitgliedschaft bei Vereinen nach § 38;

Forderungen unter den im § 399 bestimmten Voraussetzungen schlechthin, ferner nach § 400 insoweit, als sie der Pfändung nicht unterworfen sind;

das obligatorische Vorkaufsrecht nach Maßgabe des § 514;

der Anspruch des Berechtigten aus einem Dienstvertrage nach § 613;

der Anspruch auf Ausführung eines Auftrags nach § 694 Abs. 2;

die Ansprüche der Gesellschafter gegen einander nach § 717;

die Anweisung nach § 792 Abs. 2;

der Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens nach § 847;

die Grunddienstbarkeiten, weil sie mit dem Eigentum an einem Grundstück untrennbar verbunden sind und daher nur mit diesem Grundstücke zugleich belastet werden können;

der Nießbrauch an einer Sache nach § 1059; doch ist, wenn die Ausübung des Nießbrauchs einem andern überlassen ist, das diesem dem Nießbraucher gegenüber zustehende Recht zur Ausübung des Nießbrauchs, soweit nicht die Übertragung ausgeschlossen ist, verpfändbar; auf ein

§. 1275. Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften, welche im Falle der Uebertragung des Rechtes für das Rechtsverhältniß zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten, und im Falle einer nach §. 1217 Abs. 1 getroffenen gerichtlichen Anordnung die Vorschrift des §. 1070 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

---

solches Pfandrecht werden die Vorschriften des § 1214 anwendbar sein (ebenso Biermann Erl. 1 zu § 1274);

beschränkt persönliche Dienstbarkeiten nach § 1092; jedoch gilt im Falle rechtmäßiger Überlassung der Ausübung dasselbe wie beim Nießbrauch;

das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht und die subjektiv-dinglichen Reallasten aus gleichem Grunde wie die Grunddienstbarkeiten (§ 1103 Abs. 1, § 1110), während für das subjektiv-persönliche dingliche Vorkaufsrecht dasselbe gilt wie für das obligatorische Vorkaufsrecht (§ 1098 Abs. 1);

die Hypothek ohne die Forderung und diese ohne jene (§ 1153 Abs. 2);

das Pfandrecht an einer beweglichen Sache ohne die Forderung nach § 1250 Abs. 1 Satz 2;

der Deflorationsanspruch nach § 1300;

die ehemännlichen Rechte am eingebrachten Gute nach § 1408;

der Anspruch des Mannes bei Gütertrennung auf einen Beitrag der Frau zum ehelichen Aufwande nach § 1427 Abs. 2 Satz 3;

der Anspruch des geschiedenen Mannes auf einen Beitrag der Frau zum Unterhalt eines gemeinschaftlichen Kindes nach § 1585 Abs. 1 Satz 2;

der Anspruch auf Aussteuer nach § 1623;

das Recht der elterlichen Nutznießung nach § 1658.

In betreff der Ansprüche der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten auf Besoldung ɪc. s. Ges., betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, v. 31. März 1873 § 6 und EG. Art. 81.

Ausgeschlossen ist die Verpfändbarkeit ferner

für subjektiv-persönliche Reallasten, bei denen der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar ist, durch § 1111 Abs. 2;

für den Anteil an einem Gesellschaftsvermögen (darüber, daß die Verpfändung eines solchen Anteils nicht eine Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft zum Gegenstande hat, s. RG. 57 S. 414) oder an dem Gesamtgut einer ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft und den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen, durch § 719 Abs. 1, § 1442 Abs. 1, § 1487 Abs. 1, § 1519 Abs. 2, § 1549;

für den Anteil eines Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen durch § 2033 Abs. 2.

Dagegen ist als übertragbar ausdrücklich anerkannt der Pflichtteilsanspruch im § 2317 Abs. 2. Vgl. ferner für das Urheberrecht Ges. v. 19. Juni 1901 § 8 Abs. 3; Ges. v. 9. Januar 1876 § 2 Satz 2; Ges. v. 10. Januar 1876 § 7 Satz 2; Ges. v. 11. Januar 1876 § 3 Satz 2; für den Anspruch auf Erteilung eines Patents und das Recht aus dem Patente Ges. v. 7. April 1891 § 6 Satz 2, § 19 Abs. 2 (Otto Herrmann, Nießbrauch und Pfandrecht an einem Patentrechte nach BGB. 1900 S. 59ff.); für das Verlagsrecht Ges. v. 19. Juni 1901 § 28.

Verpfändbar ist nach § 2033 Abs. 1 auch der Anteil eines Miterben am Nachlaß im Ganzen (Erbteil; vgl. FGG. § 86 Abs. 2; CBl. f. FG. 2 S. 33, 697, 866; 3 S. 218, 821; Dahse, Mecklenburg. Z. f. Rechtspflege und Rechtswissenschaft 24 S. 78; jedoch bedarf der Verpfändungsvertrag hier gerichtlicher oder notarieller Beurkundung.

b) Nur auf die rechtsgeschäftliche Bestellung eines Pfandrechts bezieht sich der Abs. 2. Für die Pfändbarkeit von Rechten trifft entsprechende Bestimmungen die CPO. §§ 851, 857, §§ 859ff.

§ 1275.

E. I § 1208 Satz 1; II § 1182 rev. § 1260; III § 1258. P. I S. 5708ff., 6252f., 6256f.; M. III S. 853. P. II Bd. 3 S. 518; Bd. 5 S. 126.

Der § 1275 stimmt seinem Grunde und Inhalte nach mit § 1070 überein. Vgl. daher oben S. 444 die Erl. zu § 1070 und Erl. 2i zu § 1273.

§. 1276. Ein verpfändetes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. Die Vorschrift des §. 876 Satz 3 bleibt unberührt.

Das Gleiche gilt im Falle einer Aenderung des Rechtes, sofern sie das Pfandrecht beeinträchtigt.

§. 1277. Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist. Die Vorschriften des §. 1229 und des §. 1245 Abs. 2 bleiben unberührt.

---

§ 1276.

E. I § 1213; II § 1184 rev. § 1262; III § 1260. P. I S. 5721 ff., 6253, 6257; M. III S. 856 f. P. II Bd. 3 S. 520 f.; Bd. 6 S. 245.

Vgl. oben S. 445 die Erl. zu dem entsprechenden § 1071.

§ 1277.

E. I § 1215; II § 1184 rev. § 1262; III § 1260. P. I S. 5733 ff., 5739 f., 6253, 6257; M. III S. 858 f. P. II Bd. 3 S. 521.

Der § 1277 ersetzt für das Pfandrecht an Rechten die §§ 1233—1240. Für Rechte ist der dort vorgesehene Privatverkauf nicht die geeignete Verwertungsart, weil er bei der Unsicherheit ihrer Schätzung regelmäßig zu keinem angemessenen Ergebnisse führen würde.

1. **Als Regel** stellt der § 1277 auf, daß der Schuldner seine Befriedigung aus dem Rechte nur nach den für die Zwangsvollstreckung in das Recht geltenden Vorschriften, und zwar auf Grund eines vollstreckbaren Titels, suchen kann. Der Titel muß gegen denjenigen, welchem das Recht zusteht, vollstreckbar sein und dessen durch das Pfandrecht begründete Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung feststellen. Ein nur die persönliche Verpflichtung des Schuldners der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung feststellender Titel genügt nicht, würde vielmehr den Gläubiger nur berechtigen, ohne Rücksicht auf sein Pfandrecht die Zwangsvollstreckung in das Recht zu betreiben. Die für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften ergeben sich aus den §§ 828 ff., § 857 der CPO. Der Gläubiger muß sich danach in allen Fällen mit seinen Anträgen an das Vollstreckungsgericht wenden. Nach den für maßgebend erklärten Vorschriften beginnt das Befriedigungsverfahren ferner stets mit der gerichtlichen Pfändung des Rechtes, ungeachtet des an diesem bereits bestehenden und durch den Titel festgestellten Pfandrechts (a. A. Biermann Erl. 1 und Kober Erl. 1a β zu § 1277, die eine Pfändung nicht mehr für erforderlich halten). Die Befriedigung erfolgt bei Geldforderungen nach Wahl des Gläubigers durch Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerte (§ 835) oder auf Antrag nach dem Ermessen des Gerichts durch anderweitige Verwertung der Forderung (§ 844), bei Forderungen auf Herausgabe oder Leistung einer beweglichen Sache oder eines Grundstücks nach den §§ 847, 848, bei anderen Vermögensrechten in entsprechender Weise, nach dem Ermessen des Gerichts auch durch Veräußerung (§ 857 Abs. 1, 5), bei einer Reallast, Grundschuld oder Rentenschuld gemäß § 857 Abs. 6, §§ 830, 837.

2. **Abweichungen von der gesetzlichen Regel** können durch Vereinbarung der Beteiligten bestimmt werden. Auf eine solche Vereinbarung finden nach § 1273 Abs. 2 Satz 1 die Vorschriften des § 1245 entsprechende Anwendung, und zwar, wie zur Vermeidung eines von der allgemeinen Fassung der letzten Worte des § 1277 Satz 1 zu besorgenden Mißverständnisses der **Satz 2** besonders ausspricht, auch die beschränkende Vorschrift des § 1245 Abs. 2. Ebenso gilt für die hier fragliche Vereinbarung nach Satz 2 das Verbot des Verfallvertrags gemäß § 1229.

Anders als durch Vereinbarung kann eine Abweichung von der Regel nicht bestimmt werden. Der E. I § 1215 sprach auch nur von einer Vereinbarung und wurde von der zweiten Kommission sachlich gebilligt. Die Vorschrift des § 1246 über die Zulassung einer Abweichung durch gerichtliche Entscheidung findet hier nicht entsprechende Anwendung (so jetzt auch Biermann Erl. 2 zu § 1277; a. A. Turnau-Förster Bd. 1 S. 904 Erl. 2 zu § 1277.

§. 1278. Ist ein Recht, zu dessen Verpfändung die Uebergabe einer Sache erforderlich ist, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Erlöschen des Pfandrechts durch die Rückgabe der Sache die Vorschriften des §. 1253 entsprechende Anwendung.

§. 1279. Für das Pfandrecht an einer Forderung gelten die besonderen Vorschriften der §§. 1280 bis 1290.

Auch die den § 1246 ergänzende Vorschrift des FGG. § 166 berücksichtigt daher den Fall des Pfandrechts an Rechten nicht. Eine dem § 1246 entsprechende Bestimmung ist für diesen Fall entbehrlich, weil die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Rechte dem Vollstreckungsgerichte die nötige Freiheit des Ermessens einräumen.

3. **Für das Pfandrecht an Forderungen, Grundschulden und Rentenschulden** tritt übrigens neben die Befriedigung nach § 1277 die Befugnis des Pfandgläubigers zur Einziehung der Forderung (§§ 1282, 1291). Bei dem Pfandrecht an Inhaber- oder indossabelen Papieren wird die Befriedigung des Gläubigers durch die §§ 1293—1295 weiter erleichtert.

§ 1278.

E. I § 1216; II § 1185 rev. § 1263; III § 1261. P. I S. 5785; M. III S. 859. P. II Bd. 3 S. 521.

Wenn das Gesetz zur Übertragung und Verpfändung eines Rechtes die Übergabe einer Sache erfordert, wie bei Briefhypotheken, -grundschulden oder -rentenschulden und bei dem Rechte aus einer Anweisung (Erl. 2a zu § 1274), so geschieht dies, ebenso wie bei der Verpfändung von beweglichen Sachen, zum Schutze Dritter gegen unerkennbare Pfandrechte. Der § 1278 legt daher auch der Rückgabe der zwecks Verpfändung des Rechtes übergebenen Sache seitens des Pfandgläubigers an den Verpfänder oder denjenigen, welchem das verpfändete Recht zusteht, dieselbe Wirkung bei wie der § 1253 der Rückgabe einer verpfändeten Sache, indem er den § 1253 für entsprechend anwendbar erklärt. Dies stimmt mit der bisherigen Vorschrift des § 15 Nr. 2 des EG. zur KO. überein.

§§ 1279—1290.

Hellwig, Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen 1883; Weigelin, Pfändungspfandrecht an Forderungen nach heutigem deutschen Recht 1899; Thal, Die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen, Heft 15 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von R. Leonhard, 1905, insbes. S. 1ff. über den Rechtsbegriff des Pfandrechts an Forderungen.

§ 1279.

E. II § 1186 rev. § 1264; III § 1262. P. II (Anlage) Bd. 3 S. 541.

1. **Der § 1279** leitet die besonderen Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung ein. Durch diese Vorschriften werden die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1273—1278 teils geändert, teils ergänzt; soweit aber die §§ 1280—1290 nicht Abweichendes bestimmen, gelten die allgemeinen Vorschriften auch für das Pfandrecht an Forderungen. So sind z. B. neben den Vorschriften der §§ 1281—1284 zum Schutze des Schuldners die Vorschriften des § 1275 anwendbar.

Die besonderen Vorschriften finden auf Forderungen aller Art Anwendung, soweit solche überhaupt Gegenstand des Pfandrechts sein können (vgl. § 1274 Abs. 2 und Erl. 3 zu § 1274). Auch an einer Forderung gegen den Pfandgläubiger selbst ist ein Pfandrecht möglich, sog. Pfandrecht an eigener Schuld (vgl. darüber Örtmann im Arch. f. civ. Pr. 81 S. 61ff.; Thal a. a. O. S. 149ff.; RG. 57 S. 363f.). In einzelnen Beziehungen gelten Besonderheiten für Geldforderungen. Darunter sind nicht nur Forderungen, die von vornherein auf Geld gerichtet sind, sondern auch solche zu verstehen, welche infolge nachträglicher Änderung des Schuldverhältnisses Geld zum Gegenstande haben (vgl. § 1282 Abs. 1 Satz 2, 3, § 1288). Auch auf nicht obligatorische Ansprüche, soweit sie verpfändbar sind, müssen die hier für Forderungen gegebenen Vorschriften angewendet werden (ebenso Biermann zu § 1279; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 505; oben S. 751 Erl. 2 zu § 1205 und Bd. II S. 3ff. Vorbm. II).

2. **Inhaltsübersicht.** Der § 1280 sieht eine Verschärfung der regelmäßigen Verpfändungserfordernisse bei formlos abtretbaren Forderungen vor.

§. 1280. Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt.

Die §§ 1281—1284 regeln die Wirkungen des Pfandrechts im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger (der verpfändeten Forderung) und dem Pfandgläubiger auf der einen und dem Schuldner auf der anderen Seite. Das Gesetz geht hierbei davon aus, daß die Verpfändung nicht eine bedingte und beschränkte Abtretung der Forderung enthält, sondern nur eine Beschränkung des Gläubigers in der Verfügung über die Forderung, die in seinem Vermögen bleibt, zur Folge hat und daß der Pfandgläubiger, soweit ihm ein selbständiges Verfügungsrecht beigelegt wird, über einen fremden Vermögensgegenstand verfügt. Die Wirkungen des Pfandrechts sind verschieden vor dem Eintritte der Voraussetzungen des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers, also bevor seine Forderung ganz oder teilweise fällig geworden und, falls sie nicht von vornherein eine Geldforderung war, in eine solche übergegangen ist (§ 1228 Abs. 2), und nach dem Eintritte dieser Voraussetzungen. Bis zum Eintritte des Befriedigungsrechts hat das Pfandrecht nur die Wirkung, daß durch eine Art Sequestration der verpfändeten Forderung deren Gegenstand dem Pfandgläubiger für seine künftige Befriedigung gesichert und das Verfügungsrecht des Gläubigers demgemäß beschränkt wird; dagegen wird nach dem Eintritte des Befriedigungsrechts dem Pfandgläubiger ein selbständiges Verfügungsrecht gegeben, soweit solches zum Zwecke seiner Selbstbefriedigung erforderlich ist. Aus diesen Gesichtspunkten regeln die §§ 1281, 1282 die Wirkungen des Pfandrechts an einer Forderung bezüglich des Rechtes zur Einziehung der Forderung, und zwar der § 1281 bis zum Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers, der § 1282 für die Zeit nachher, während der § 1283 die Wirkungen des Pfandrechts in bezug auf die Kündigung der Forderung bestimmt. Der § 1284 stellt die dispositive Natur dieser Vorschriften klar. Die §§ 1285, 1286 ordnen die gegenseitigen obligatorischen Verpflichtungen des Gläubigers und des Pfandgläubigers in bezug auf die Einziehung (§ 1285) und die Kündigung (§ 1286).

Die §§ 1287, 1288 behandeln die Rechtsverhältnisse, die sich nach der Einziehung der Forderung in Ansehung des geleisteten Gegenstandes ergeben.

Der § 1289 betrifft die Erstreckung des Pfandrechts auf die Zinsen der Forderung.

Der § 1290 ergänzt die Vorschriften über das Einziehungsrecht des Pfandgläubigers für den Fall, daß an der Forderung mehrere Pfandrechte bestehen.

3. **Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit.** Der E. I § 1223 enthielt noch die weitere Vorschrift, daß, wenn die dem Pfandrecht unterliegende Forderung und die Verbindlichkeit sich in einer Person vereinigen, die Vereinigung nicht gegen den Pfandgläubiger wirke. Die zweite Kommission hat diese Bestimmung, ebenso wie die gleiche Vorschrift des E. I § 1032 über den Nießbrauch an einer Forderung (oben S. 447 Erl. 5 zu § 1071), in der Annahme gestrichen, daß sie sich wegen der dinglichen Natur des Pfandrechts von selbst verstehe (P. II Bd. 3 S. 536; vgl. über diesen Fall Thal a. a. O. S. 173 ff.).

4. **Für die Verpfändung der in das Reichsschuldbuch eingetragenen Buchforderungen** ist der § 7 Abs. 3 des Reichsges. v. 31. Mai 1891 in Kraft geblieben (AG. Art. 32). Für die Verpfändung der in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaats eingetragenen Buchforderungen kann landesgesetzlich Abweichendes bestimmt werden (EG. Art. 97).

5. Die Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen finden nach § 1128 Abs. 2 auf die hypothekarische Haftung der Forderung aus einer Gebäudeversicherung Anwendung.

6. Demselben Zwecke wie die Verpfändung einer Forderung dient die **Abtretung zum Zwecke der Sicherung einer Forderung des Erwerbers.** Eine solche Abtretung ist, sofern nicht etwa in Wahrheit eine Verpfändung beabsichtigt ist, nicht deshalb unwirksam, weil sie zur Sicherung erfolgt; nur die obligatorischen Beziehungen zwischen dem Abtretenden und dem Erwerber werden durch den beschränkten Zweck der Abtretung beeinflußt (RG. 24 S. 51, 161; 30 S. 273; 32 S. 220; Gruch. 42 S. 950; JW. 1905 S. 43; s. ferner § 223 Abs. 2 und oben S. 227 Erl. 4 zu § 930).

§ 1280.

E. I § 1211; II § 1187 rev. § 1265; III § 1263. M. I S. 5708 f., 5716 ff.; M. III S. 855 f. P. II Bd. 3 S. 519 f.

1. **Der § 1280 enthält** für Forderungen, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, eine Ausnahme von der Regel des § 1274 Abs. 1 Satz 1, wonach die Ver-

§. 1281. Der Schuldner kann nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet wird; jeder kann statt der Leistung verlangen, daß die geschuldete Sache für beide hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird.

---

pfändung eines Rechtes nach den für die Übertragung geltenden Vorschriften erfolgt. Eine dieser Regel entsprechende Verpfändung durch formlosen Vertrag würde das Bestehen des Pfandrechts nach außen in keiner Weise erkennbar machen. Der § 1280 stellt daher für die Verpfändung als weiteres Erfordernis die Anzeige an den Schuldner auf.

2. **Anwendungsgebiet.** Da zur Übertragung einer Forderung regelmäßig der Abtretungsvertrag genügt (§ 398), enthält der § 1280 die für die Verpfändung von Forderungen maßgebende Regel. Ausnahmen gelten für

a) Forderungen, für die eine Hypothek besteht, mit Rücksicht auf § 1154, jedoch abgesehen von der Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen und auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück haftet (§ 1159 Abs. 1), und von Forderungen, für die eine Kautionshypothek besteht (§ 1190 Abs. 2);

b) Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber und aus Marken auf den Inhaber (§ 793 Abs. 1, § 807); die Verpfändung dieser Papiere vollzieht sich nach den für die Verpfändung beweglicher Sachen geltenden Vorschriften (§ 1293);

c) Forderungen aus einem Wechsel oder einem anderen indossabelen Papiere; diese können zwar nicht nur durch Indossament (§ 1292), sondern auch durch Abtretung übertragen werden, doch ist zur Wirksamkeit der Abtretung Aushändigung des Papiers erforderlich (ROHG. 11 S. 280; RG. 26 S. 100; Dernburg Bd. 2 § 268; Staub, WO. 4. Aufl. § 9 zu Art. 9);

d) die Forderung aus einer Anweisung mit Rücksicht auf § 792 Abs. 1 Satz 3.

3. **Erforderlich zur Verpfändung** ist nach § 1280:

a) der Verpfändungsvertrag; denn die Vorschrift setzt eine erfolgte Verpfändung voraus und bestimmt nur ein weiteres Erfordernis ihrer Wirksamkeit;

b) die Anzeige des verpfändenden Gläubigers an den Schuldner von der Verpfändung. Diese ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Wirksamkeit sich nach den allgemeinen Vorschriften richtet (insbes. §§ 130—132). Sie muß das, wenn auch nicht ausdrückliche, Anerkenntnis der Gültigkeit der Verpfändung durch den Gläubiger enthalten (RG. bei Gruch. 49 S. 97). Erst mit der wirksam erfolgten Anzeige vollendet sich der zur Verpfändung erforderliche Tatbestand. Vorher ist der Verpfänder auch dem Erwerber des Pfandrechts gegenüber noch nicht dinglich gebunden (RG. in Puchelts Z. 33 S. 389); die Verpfändung unterliegt ferner, wenn die Anzeige erst nach der Zahlungseinstellung des Verpfänders oder dem Eröffnungsantrag erfolgt, der Anfechtung nach KO. § 30 Nr. 1 (RG. in JW. 1902 S. 185). Die Anzeige kann, solange ein Wirksamwerden der Verpfändung nicht durch anderweitige Verfügung über die Forderung oder Konkurseröffnung ausgeschlossen ist, nachträglich erfolgen, auch durch den Erben des Gläubigers und bei Verpfändung des Anspruchs aus einem Lebensversicherungsvertrage zugunsten eines Dritten durch diesen nach dem Erwerbe des Rechtes gegen den Versicherer (RG. bei Gruch. 49 S. 97).

Zugunsten des Schuldners hat die Anzeige nach § 1275 die im § 409 bestimmte, von der Rechtsgültigkeit des Verpfändungsvertrags unabhängige Wirkung.

Die Anzeige genügt auch bei verbrieften Forderungen; Aushändigung der Schuldurkunde ist zur Wirksamkeit der Verpfändung nicht erforderlich. Doch erstreckt sich das Pfandrecht an der Forderung nach § 952 Abs. 1 Satz 2 auf den Schuldschein (Erl. 2d zu § 952).

§ 1281.

E. I § 1217 Abs. 4, 5 Satz 2; II § 1188 rev. § 1266; III § 1264.
P. I S. 5721 ff., 5737 ff., 5751 ff., 6268 f., 6273; M. III S. 861. P. II Bd. 3 S. 522, 525 ff., 541; Bd. 4 S. 600.

1. Die — nach § 1284 dispositiven — Vorschriften des § 1281 regeln die Wirkungen des Pfandrechts in bezug auf die Verpflichtung zur Leistung und das Recht auf die Leistung nur für den Fall, daß vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers die Leistung bewirkt oder verlangt werden kann. Ihre Beschränkung auf diesen Fall ergibt sich aus den abweichenden Vorschriften, die der § 1282 für die Zeit nach dem Eintritte

§. 1282. Sind die Voraussetzungen des §. 1228 Abs. 2 eingetreten, so ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der Forderung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten. Die Einziehung einer Geldforderung steht dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Soweit er zur Einziehung berechtigt ist, kann er auch verlangen, daß ihm die Geldforderung an Zahlungsstatt abgetreten wird.

Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Pfandgläubiger nicht berechtigt; das Recht, die Befriedigung aus der Forderung nach §. 1277 zu suchen, bleibt unberührt.

---

des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers enthält (Erl. 4 zu § 1282). Die Bestimmungen des § 1281 schließen sich im wesentlichen den Vorschriften des § 1077 Abs. 1 über den Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung an (vgl. auch § 432). Dies rechtfertigt sich durch die Gleichartigkeit des Zweckes; denn in beiden Fällen handelt es sich darum, daß die bisherige Art der Sequestration, die in Ansehung der noch ausstehenden Forderung bestand, auch bei und nach der Einziehung der Forderung aufrechterhalten und das gegenseitige Rechtsverhältnis möglichst wenig verändert wird. Nur waren im § 1281 Satz 2, im Gegensatze zu § 1077 Abs. 1, auch nicht hinterlegungsfähige Sachen als Gegenstand der Forderung zu berücksichtigen. Vgl. sonst im allgemeinen die Erl. 1 zu § 1077.

2. Dem Satz 1 entspricht die gegenseitige Verpflichtung des Pfandgläubigers und des Gläubigers, nach der Fälligkeit der verpfändeten Forderung zur Einziehung mitzuwirken (§ 1285 Abs. 1). Über die Wirkung der Leistung vgl. § 1287; über die Wiederanlegung geleisteten Geldes s. § 1288 Abs. 1.

3. Nach Satz 2 hat weder der Pfandgläubiger noch der Gläubiger ein Recht, die Leistung an sich allein zu verlangen. Dem Pfandgläubiger wollte die zweite Kommission dieses Recht ursprünglich bei nicht auf Geld gerichteten Forderungen in gewissen Fällen gewähren; sie hat hiervon aber später in der Erwägung abgesehen, daß die Einräumung eines solchen Rechtes besser auch bei den gedachten Forderungen besonderer Vereinbarung vorbehalten bleibe. Nach Satz 2 kann daher bei Forderungen auf Leistung einer beweglichen Sache der Pfandgläubiger vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts nicht Einräumung des Alleinbesitzes, sondern nur Einräumung des unmittelbaren oder mittelbaren gemeinschaftlichen Besitzes oder Hinterlegung oder Ablieferung an einen gerichtlich bestellten Verwahrer für sich und den Gläubiger verlangen. Dieses Ergebnis stimmt mit dem E. I § 1220 überein (M. III S. 865), der zwar von der zweiten Kommission im Anschluß an ihren vorerwähnten ursprünglichen Beschluß gestrichen wurde (P. II Bd. 3 S. 533), durch Änderung dieses Beschlusses aber sachlich wiederhergestellt ist. Klagt der Gläubiger auf Zahlung an ihn allein und richtet sodann den Antrag auf Zahlung an ihn und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich, so fallen ihm, sofern Beklagter den geänderten Anspruch sofort anerkennt, die Prozeßkosten zur Last (RG. 52 S. 140).

Abweichendes ist für Forderungen aus indossabelen und Inhaberpapieren im § 1294 bestimmt.

Wegen des gerichtlich zu bestellenden Verwahrers gilt das in der Erl. 2b zu § 1217 Bemerkte. Zu den nicht zur Hinterlegung geeigneten Sachen gehören auch Grundstücke. Geht die Forderung auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, so umfaßt die Ablieferung auch die Auflassung des Grundstücks an den Verwahrer als Vertreter des Pfandgläubigers und des Gläubigers mit der im § 1287 bestimmten Wirkung.

§ 1282.

E. I § 1218 Abs. 1, 2; II § 1189 rev. § 1267; III § 1265. P. I S. 5723, 5727 ff., 5744 ff., 5763 ff., 5789 f., 6253, 6257, 6269, 6273; M. III S. 861 ff. P. II Bd. 3 S. 522 ff., 530 f., 541.

Schefold, Arch. f. civ. Pr. 91 S. 269 ff., Das Einziehungsrecht des Forderungspfandgläubigers 2c.; Falkmann, Gruch. 44 S. 109 ff., Inwieweit kann der Pfandgläubiger nach Fälligkeit seiner Forderung über eine ihm als Pfand haftende Forderung verfügen? zur Auslegung des § 1282 BGB.

Der § 1282 regelt dispositiv (§ 1284) die Rechte, die dem Pfandgläubiger nach dem Eintritte seines Befriedigungsrechts zum Zwecke seiner Befriedigung zustehen.

1. Abs. 1 Satz 1, 2. Bei allen Forderungen ist der Pfandgläubiger zur Einziehung berechtigt (Abs. 1 Satz 1). Er hat also das gleiche Recht wie der Nießbraucher einer nicht auf Zinsen ausstehenden Forderung nach § 1074 Satz 1. Bezüglich des Inhalts dieses Rechtes gilt daher zunächst das oben S. 449 in der Erl. 1a, c zu § 1074 Bemerkte. Das Einziehungsrecht gewährt auch die Befugnis, selbständig löschungsfähige Quittung zu erteilen (KG. 23 S. A 174). Im übrigen wird bezüglich des Inhalts des Einziehungsrechts mit Rücksicht auf die gesetzlich verschieden bestimmte Wirkung der Einziehung zwischen Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind, und Geldforderungen zu unterscheiden sein.

a) Bei Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind, dient die Einziehung dazu, dem Pfandgläubiger in dem Gegenstande der Forderung ein zu seiner Selbstbefriedigung geeignetes Pfand zu verschaffen. Die Einziehung hat demgemäß die Wirkung, daß der Gläubiger den von dem Schuldner an den Pfandgläubiger geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstand erwirbt (§ 1287). Daraus folgt für den Inhalt des Einziehungsrechts, daß der Pfandgläubiger von dem Schuldner nur eine dieser gesetzlich bestimmten Wirkung entsprechende Leistung verlangen kann. Der Pfandgläubiger kann also kraft des Einziehungsrechts vom Schuldner verlangen, daß dieser die dem Gläubiger geschuldete Leistung ihm gegenüber bewirkt. Geht die Forderung z. B. auf Übertragung des Eigentums an einer Sache auf den Gläubiger, so kann der Pfandgläubiger kraft des Einziehungsrechts von dem Schuldner verlangen, daß dieser das zur Übertragung des Eigentums auf den Gläubiger Erforderliche ihm gegenüber leistet, d. h. bei beweglichen Sachen die zu einer solchen Eigentumsübertragung erforderliche Einigung abschließt und die Sache übergibt, bei Grundstücken die Auflassung an den Gläubiger dem Pfandgläubiger gegenüber erklärt und das zur Eintragung des Eigentumsüberganges seinerseits Erforderliche tut. Hieraus folgt, daß bei Forderungen der hier in Rede stehenden Art das Einziehungsrecht immer nur die Befugnis gewährt, wirkliche Leistung des geschuldeten Gegenstandes in dem angegebenen Sinne zu verlangen, nicht aber auch die Befugnis, statt des geschuldeten einen anderen Gegenstand an Erfüllungsstatt anzunehmen oder die verpfändete Forderung gegen eine dem Schuldner dem Pfandgläubiger gegenüber zustehende Forderung aufzurechnen; eine solche Aufrechnung insbesondere ist dadurch ausgeschlossen, daß der Pfandgläubiger kraft des Einziehungsrechts nicht eigentlich Leistung an sich, sondern nur Bewirkung der dem Gläubiger geschuldeten Leistung ihm gegenüber verlangen kann.

b) Bei Geldforderungen (vgl. Erl. 1 zu § 1279) dient die Einziehung dagegen dazu, dem Pfandgläubiger unmittelbar Befriedigung wegen der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung zu verschaffen. Diesem Zwecke entsprechend wird das Einziehungsrecht durch Abs. 1 Satz 2 auf den zur Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlichen Betrag beschränkt und der Einziehung im § 1288 Abs. 2 die Wirkung beigelegt, daß die Forderung des Pfandgläubigers, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger berichtigt gilt, d. h. daß der Pfandgläubiger das Eigentum an dem ihm vom Schuldner gezahlten Gelde erwirbt. Der Pfandgläubiger kann also vermöge des Einziehungsrechts bis zu dem ihm zu seiner Befriedigung gebührenden Betrage vom Schuldner Zahlung des dem Gläubiger geschuldeten Geldes an ihn verlangen. Er kann die Einziehung auch durch Annahme einer anderen Leistung an Erfüllungsstatt bewirken. Schuldet er dem Schuldner gleichfalls Geld, so kann er den ihm kraft des Einziehungsrechts zustehenden Anspruch gegen die Gegenforderung des Schuldners aufrechnen, mithin das Einziehungsrecht durch Aufrechnung ausüben (im Ergebnis übereinstimmend Falkmann, Dernburg Bd. 3 S. 824; Endemann Bd. 2 S. 946 Anm. 24; Gierke, Sachenrecht S. 1015 Anm. 40; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 306; Kober Erl. 2bβ zu § 1282; Oberneck 3. Aufl. Bd. 1 S. 378; Thal a. a. O. S. 163ff. u. RG. 58 S. 105, jedoch mit bedenklicher Begründung von dem Satze aus, daß der Pfandgläubiger nach § 1275 die Rechte und Pflichten eines Zessionars habe; a. A. Biermann Erl. 1d zu § 1282; Turnau-Förster Erl. 3 zu § 1282 sowie die früheren Auflagen). Dagegen umfaßt das gesetzliche Einziehungsrecht auch bei Geldforderungen nicht die Befugnis, über die Forderung anderweit mit der Maßgabe zu verfügen, daß dadurch der Anspruch des Pfandgläubigers gegen den Gläubiger zu demjenigen Mindestbetrage, zu welchem er über die Forderung verfügt, getilgt wird, z. B. nicht die Befugnis, mit der bezeichneten Maßgabe die Forderung zu verschenken, zu erlassen oder zu novieren. Derartige Verfügungen fallen nach dem Sprachgebrauch auch des BGB. nicht unter den Begriff der Einziehung (vgl. u. a. §§ 49, 754, 1083, 1124, 1285, 2114), gehören vielmehr zu den anderen Verfügungen über die Forderung, die der Abs. 2 Halbs. 1 zur Vermeidung einer zu weiten Ausdehnung des Einziehungsrechts (M. III S. 862) dem Pfandgläubiger

ausdrücklich untersagt (übereinstimmend Biermann; a. A. Falkmann, Dernburg, Kober, Oberneck, s. auch Endemann a. a. O.).

Bezüglich der schon erwähnten Beschränkung des Einziehungsrechts bei Geldforderungen (Abs. 1 Satz 2) auf den zur Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlichen Betrag (vgl. auch l. 14 C. 18, 17 und CPO. § 803 Abs. 1 Satz 2) ist zu bemerken, daß sich jener Betrag nach § 1210 (§ 1273 Abs. 2) bestimmt. Im Konkurse des Schuldners kann der Pfandgläubiger auch eine Geldforderung zum vollen Betrag anmelden (ebenso Biermann, Kober, Turnau-Förster).

Dem Einziehungsrechte des Pfandgläubigers entspricht es, daß der Schuldner nur an ihn leisten, d. h. die dem Gläubiger geschuldete Leistung nur dem Pfandgläubiger gegenüber in dem oben angegebenen Sinne mit befreiender Wirkung vornehmen kann (Abs. 1 Satz 1). Auch in dieser Beziehung gilt für Geldforderungen die Beschränkung des Abs. 1 Satz 2. Soweit der Pfandgläubiger nach dem oben Bemerkten gegen eine dem Schuldner ihm gegenüber zustehende Gegenforderung aufrechnen kann, ist auch der Schuldner befugt, eine solche Gegenforderung ihm gegenüber zur Aufrechnung zu bringen. Er kann ferner nach § 1275 verb. mit § 406 eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Gegenforderung dem Pfandgläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe der Gegenforderung von der Verpfändung Kenntnis hatte oder daß die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die verpfändete Forderung fällig geworden ist. Die Erlangung der Kenntnis ist auch dann maßgebend, wenn die Verpfändung dem Schuldner nach § 1280 angezeigt ist; doch wird sie in diesem Falle als nachgewiesen anzunehmen sein, sofern der Schuldner nicht dartut, daß er trotz wirksam erfolgter Anzeige von der Verpfändung keine Kenntnis erlangt habe (ähnlich Biermann Erl. 1d zu § 1282).

An das Einziehungsrecht knüpft der § 1285 die Verpflichtung zur Einziehung und zur Benachrichtigung des Gläubigers von dieser.

2. Bei Geldforderungen gibt der Abs. 1 Satz 3 dem Pfandgläubiger in demselben Umfange wie das Einziehungsrecht auch das Recht, von dem Gläubiger die Abtretung der Geldforderung an Zahlungsstatt zu verlangen. Die Vorschrift ist von der zweiten Kommission aufgenommen, um dem Pfandgläubiger einen Umweg zu ersparen, da er sonst dasselbe Ziel nur dadurch erreichen könnte, daß er einen vollstreckbaren Titel erwirkte und dann die Forderung pfänden und sich nach § 835 der CPO. an Zahlungsstatt zum Nennwert überweisen ließe. Die Abtretung der verpfändeten Forderung an Zahlungsstatt kann nur bis zu dem Betrage, der zur Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlich ist, von diesem verlangt werden. Sie bewirkt, daß die Forderung des Pfandgläubigers in Höhe des Nennwerts der abgetretenen Forderung erlischt (§ 364 Abs. 1; vgl. CPO. § 835 Abs. 2). Der abtretende Gläubiger haftet dem Pfandgläubiger wie ein Verkäufer für den rechtlichen Bestand der Forderung (§§ 365, 437), nicht dagegen für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (§ 438).

3. Neben den unter 1 und 2 erörterten Befugnissen erhält der Abs. 2 Halbs. 2 ausdrücklich das Recht des Pfandgläubigers aufrecht, die Befriedigung aus der Forderung nach § 1277 zu suchen.

4. **Über das Verhältnis des dem Pfandgläubiger zustehenden Einziehungsrechts zu den Rechten des Gläubigers** bestimmte der E. I § 1218 Abs. 5, daß, soweit der Pfandgläubiger von dem Einziehungsrechte keinen Gebrauch mache, die Vorschriften des § 1217 Anwendung finden sollten, der Gläubiger also auch nach dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers dieselben Rechte haben sollte wie nach § 1217 vorher. Der Gläubiger sollte demnach, soweit der Pfandgläubiger sein Einziehungsrecht nicht ausübte, berechtigt sein, von dem Pfandgläubiger die Mitwirkung zur Einziehung der Forderung und von dem Schuldner entweder Leistung an ihn und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich oder Hinterlegung oder Ablieferung an einen gerichtlich bestellten Verwahrer für beide zu verlangen. Der § 1218 Abs. 5 ist jedoch von der zweiten Kommission als durch ihre Beschlüsse zu § 1217 entbehrlich geworden gestrichen (P. II Bd. 3 S. 532). Diese Beschlüsse stimmten bezüglich der Vorschriften des jetzigen § 1281 mit dem E. I überein, wichen von diesem jedoch darin ab, daß der Pfandgläubiger, soweit er zur selbständigen Einziehung berechtigt ist, auch verpflichtet wurde, für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen (§ 1285 Abs. 2 Satz 1). Nach § 1282 erscheint es zunächst unzweifelhaft, daß der Gläubiger nicht mehr die im § 1281 Satz 2 bestimmten Rechte hat; denn da der Schuldner nach dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers nur noch an diesen leisten kann (§ 1282 Abs. 1 Satz 1), so kann der Gläubiger von dem Schuldner nicht mehr Leistung an ihn und den Pfandgläubiger oder eine entsprechende Hinterlegung oder Ablieferung verlangen.

§. 1283. Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so bedarf der Gläubiger zur Kündigung der Zustimmung des Pfandgläubigers nur, wenn dieser berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen.

Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger erklärt wird.

Sind die Voraussetzungen des §. 1228 Abs. 2 eingetreten, so ist auch der Pfandgläubiger zur Kündigung berechtigt; für die Kündigung des Schuldners genügt die Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger.

Dagegen wird man dem Gläubiger das Recht, von dem Schuldner Leistung an den Pfandgläubiger zu verlangen, ebensowenig wie im Falle des Nießbrauchs an einer Forderung (oben S. 449 Erl. 1a zu § 1074) versagen können (a. A. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 188 Anm. 23). Es folgt auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Gesetze daraus, daß der Gläubiger die ihm als solchen zustehenden Rechte behält, soweit sie mit den Rechten des Pfandgläubigers vereinbar sind. Die Verpflichtung des Pfandgläubigers zur ordnungsmäßigen Einziehung bietet hier ebensowenig wie bei dem Nießbrauche (§ 1704 Satz 2) einen ausreichenden Ersatz für das gedachte Recht zum unmittelbaren Vorgehen gegen den Schuldner, da sie den Gläubiger, falls die Forderung infolge der Säumnis des Pfandgläubigers uneinziehbar wird, nur einen unsicheren Schadensersatzanspruch gegen den Pfandgläubiger verschafft. Für den Fall, daß der Pfandgläubiger zur Annahme der Leistung nicht bereit ist, muß der Gläubiger nach Analogie des § 1281 von dem Schuldner Hinterlegung der Sache oder Ablieferung an einen gerichtlich bestellten Verwahrer für den Pfandgläubiger verlangen können.

5. Wegen des im Abs. 2 Halbs. 1 enthaltenen Verbots anderer Verfügungen über die Forderung vgl. oben Erl. 1.

§ 1283.

E. I § 1217 Abs. 1, 3, § 1218 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5; II § 1190 rev. § 1268; III § 1266.
P. I S. 5721, 5731, 5737 ff., 5744 ff., 5751 ff., 5763 ff., 5789 f., 6253, 6257, 6268 f., 6273; M. III S. 860 ff.
P. II Bd. 3 S. 525 ff., 530, 541.

Der § 1283 regelt dispositiv (§ 1284) die Erfordernisse der Kündigung der verpfändeten Forderung vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers (Abs. 1, 2) und nach diesem Zeitpunkt (Abs. 3).

1. **Vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers** kann

a) das Kündigungsrecht des Gläubigers nur von diesem, nicht von dem Pfandgläubiger (vgl. aber § 1294), und zwar regelmäßig von dem Gläubiger allein ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers ausgeübt werden (Abs. 1). Diese Regel, die sowohl von dem entsprechenden § 1217 Abs. 1 des E. I als auch von dem § 1077 Abs. 2 Satz 1 abweicht, beruht darauf, daß im Falle des Pfandrechts an einer Forderung im allgemeinen der Gläubiger allein die Gefahr trägt, wenn durch Unterlassen der Kündigung und weitere Kreditgewährung die Einziehbarkeit der Forderung beeinträchtigt wird. Dem Interesse des Pfandgläubigers wird dadurch Rechnung getragen, daß der § 1286 Satz 1 ihm dem Gläubiger gegenüber einen obligatorischen Anspruch auf Ausübung des Kündigungsrechts gibt, falls die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist.

Ausnahmsweise wird der Gläubiger bei der Ausübung seines Kündigungsrechts dann an die Zustimmung des Pfandgläubigers gebunden, wenn dieser berechtigt ist, die Nutzungen der verpfändeten Forderung zu ziehen (Abs. 1). Darüber, wann diese Voraussetzung gegeben ist, vgl. Erl. 2f zu § 1273. Für die Zustimmung des Pfandgläubigers gelten die Vorschriften der §§ 182—184. Ihre Erteilung steht im allgemeinen im Belieben des Pfandgläubigers. Nur wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist, kann der Gläubiger von dem Pfandgläubiger die Zustimmung verlangen (§ 1286 Satz 2).

b) Die Kündigung des Schuldners bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger (Abs. 2). Dies stimmt mit dem § 1077 Abs. 2 Satz 2 überein; vgl. Erl. 2 zu § 1077.

§. 1284. Die Vorschriften der §§. 1281 bis 1283 finden keine Anwendung, soweit der Pfandgläubiger und der Gläubiger ein Anderes vereinbaren.

§. 1285. Hat die Leistung an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich zu erfolgen, so sind beide einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken, wenn die Forderung fällig ist.

Soweit der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Forderung ohne Mitwirkung des Gläubigers einzuziehen, hat er für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Von der Einziehung hat er den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung unthunlich ist.

---

2. Nach dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers ist

a) zur **Ausübung** des Kündigungsrechts des Gläubigers auch der Pfandgläubiger berechtigt (Abs. 3 Halbs. 1), weil diesem die Einziehung gestattet, zu deren Vorbereitung aber die Kündigung erforderlich ist. Das Kündigungsrecht des Gläubigers selbst bleibt unberührt.

b) Die **Kündigung** des Schuldners bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger (Abs. 3 Halbs. 2), und zwar nur ihm gegenüber. Sie braucht nicht noch außerdem dem Gläubiger gegenüber erklärt zu werden. Eine nur dem Gläubiger gegenüber erklärte Kündigung ist unwirksam (a. A. Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 109 4f).

§ 1284.

E. II § 1191 rev. § 1269; III § 1267. P. II Bd. 3 S. 542; Bd. 4 S. 601.

Der **§ 1284** stellt gegenüber der grundsätzlichen Verneinung der Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Sachenrechts außer Zweifel, daß vertragsmäßige Abweichungen von den Vorschriften der §§ 1281—1285 zulässig sind. Doch findet auch hier die beschränkende Vorschrift des § 1277 Satz 2 Anwendung (ebenso Biermann, Kober, Turnau-Förster zu § 1284).

Erforderlich ist eine Vereinbarung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger, die bei der Pfandbestellung oder später getroffen werden kann. Zur Wirksamkeit der Vereinbarung ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt; die Vorschrift des § 1280 wird auf die hier fraglichen Vereinbarungen nicht entsprechend angewendet werden können. Doch wird der Schuldner gegen Nachteile anderweit geschützt. Ist z. B. dem Pfandgläubiger, entgegen dem § 1281, das selbständige Einziehungsrecht schon vor dem Eintritte seines Befriedigungsrechts eingeräumt, so kommt dem Schuldner, wenn er in Unkenntnis dieser Vereinbarung den Klaganspruch des Pfandgläubigers bestreitet, gemäß § 1275 bezüglich der Prozeßkosten der § 94 der CPO. zustatten. Ist ferner, abweichend vom § 1282, dem Pfandgläubiger auch nach dem Eintritte seines Befriedigungsrechts das selbständige Einziehungsrecht vertragsmäßig entzogen, so muß der Gläubiger trotzdem, wenn er dem Schuldner lediglich nach § 1280 die Verpfändung angezeigt hat, die Leistung des Schuldners an den Pfandgläubiger nach §§ 1275, 409 gegen sich gelten lassen.

§ 1285.

E. I § 1217 Abs. 5 Satz 1, § 1218 Abs. 4; II § 1192 rev. § 1270; III § 1268. P. I S. 5721 ff., 5737 ff., 5744 ff., 5751 ff., 5763 ff., 5789 f., 6253, 6257, 6268 f., 6273; M. III S. 862 f. P. II Bd. 3 S. 530, 532, 542.

Der **§ 1285** regelt die gegenseitigen obligatorischen Verpflichtungen des Pfandgläubigers und des Gläubigers in betreff der Einziehung der Forderung.

1. Die **Voraussetzung** des **Abs. 1** ist nach dem Gesetze gegeben im Falle des § 1281; sie kann aber nach § 1284 auch auf Grund abweichender Vereinbarung eintreten.

Die **Vorschrift** stimmt mit dem § 1078 Satz 1 überein. Vgl. daher oben S. 455 Erl. 1 zu § 1078.

2. Der Fall des **Abs. 2** kann nach den §§ 1282, 1294 oder nach § 1284 gegeben sein.

Die Bestimmung des **Satz 1** entspricht dem § 1074 Satz 2 (vgl. oben S. 450 Erl. 2 zu § 1074; s. auch Erl. 3 zu § 1282). Auch zur Klageerhebung ist der Pfandgläubiger, wenn es die Umstände erfordern, verpflichtet (a. A. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 540). Eine Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Streitverkündung an den Gläubiger, wie sie der § 841

§. 1286. Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so kann der Pfandgläubiger, sofern nicht das Kündigungsrecht ihm zusteht, von dem Gläubiger die Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist. Unter der gleichen Voraussetzung kann der Gläubiger von dem Pfandgläubiger die Zustimmung zur Kündigung verlangen, sofern die Zustimmung erforderlich ist.

§. 1287. Leistet der Schuldner in Gemäßheit der §§. 1281, 1282, so erwirbt mit der Leistung der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstande. Besteht die Leistung in der Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke, so erwirbt der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek.

---

der CPO. dem die Forderung einklagenden Vollstreckungsgläubiger auferlegt, ist hier nicht vorgesehen (ebenso Turnau-Förster Erl. 2 zu § 1285; vgl. Kober Erl. II 1 b δ zu § 1282, der unter Umständen eine Verpflichtung zur Streitverkündung annimmt). Das im Rechtsstreite zwischen dem Pfandgläubiger und dem Schuldner ergehende rechtskräftige Urteil wirkt nicht für und gegen den Gläubiger (CPO. § 325). Die **Befugnis** des Pfandgläubigers zur Streitverkündung an den Gläubiger folgt aus § 72 der CPO.

Die im Satz 2 bestimmte Benachrichtigungspflicht steht im Einklange mit der gleichartigen Verpflichtung des Pfandgläubigers im Falle des Pfandverkaufs gemäß § 1241.

§ 1286.

E. I § 1217 Abs. 2; II § 1193 rev. § 1271; III § 1269. P. I S. 5721 ff., 5737 ff., 5751 ff., 6268 f., 6273; M. III S. 860 f. P. II Bd. 3 S. 525 ff., 542.

Der § 1286 ordnet die obligatorischen Verpflichtungen zwischen Pfandgläubiger und Gläubiger in Ansehung der Kündigung.

1. Der Fall des Satz 1, daß dem Pfandgläubiger das Kündigungsrecht nicht zusteht, kann auf Grund des § 1283 Abs. 1 oder auf Grund besonderer Vereinbarung nach § 1284 eintreten. Die Voraussetzung, daß die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung der Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist, ist die gleiche wie im § 1078 Satz 2 (oben S. 456 Erl. 2 zu § 1078). Der Anspruch des Pfandgläubigers geht darauf, daß der Gläubiger dem Schuldner kündigt. Für die Vollstreckung des obsiegenden Urteils ist der § 888 der CPO. maßgebend, nicht, wie in den früheren Auflagen angenommen wurde, der § 894, der im Falle der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegenüber einem Dritten nicht anwendbar ist (Struckmann-Koch, CPO. Erl. 1 zu § 894).

Ist der Gläubiger mit der Erfüllung der ihm nach Satz 1 obliegenden Verpflichtung zur Kündigung im Verzuge, so wird er dem Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig. Auch kann dieser ihm gemäß § 283 und CPO. § 255 eine Frist zur Erfüllung der Verpflichtung bestimmen.

2. Die Voraussetzung des Satz 2, daß zur Kündigung des Gläubigers die Zustimmung des Pfandgläubigers erforderlich ist, liegt nach § 1283 Abs. 1 bei einem Nutzungspfandrecht und nach § 1284 im Falle einer bezüglichen Vereinbarung vor. Die Zustimmung gilt mit der Rechtskraft des Urteils als erteilt, da sie nach § 182 Abs. 1 auch dem Gläubiger gegenüber wirksam erklärt werden kann.

Im Falle des Verzugs ist der Pfandgläubiger dem Gläubiger gegenüber znm Schadensersatze verpflichtet.

§ 1287.

E. I § 1219 Abs. 1, 2; II § 1194 rev. § 1272; III § 1270. P. I S. 5723 f., 5726 ff., 5731, 5759 ff., 6253, 6257; M. III S. 864 f. P. II Bd. 3 S. 522, 532.

Der § 1287 bestimmt die Wirkungen des Pfandrechts nach Einziehung der Forderung in der Weise, daß an die Stelle der durch Erfüllung erloschenen Forderung sowohl für den Gläubiger als auch für den Pfandgläubiger der geleistete Gegenstand tritt, der Gläubiger mithin den Gegenstand selbst, der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an ihm erwirbt.

1. Voraussetzung des § 1287 ist, daß der Schuldner der verpfändeten Forderung entweder in Gemäßheit des § 1281 an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich oder in Gemäßheit des § 1282 an den Pfandgläubiger allein leistet. Im Falle des § 1281 steht es der Leistung gleich, wenn der Schuldner die geschuldete Sache für den Pfandgläubiger und den Gläubiger hinterlegt, vorausgesetzt, daß die Rücknahme ausgeschlossen ist (§ 378), oder die nicht hinterlegungsfähige Sache für beide an einen gerichtlich bestellten Verwahrer abliefert. Geht im Falle der Hinterlegung die Sache nach landesgesetzlicher Vorschrift in das Eigentum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt über, so tritt, entsprechend dem § 233, an die Stelle der Sache der Anspruch auf Rückerstattung.

Die Leistung muß geeignet sein, dem Gläubiger, falls sie mangels des Pfandrechts ihm gegenüber erfolgen würde, den geleisteten Gegenstand, insbesondere das Eigentum an der geleisteten Sache, zu verschaffen. Leistet der Schuldner seiner Verpflichtung gemäß oder zuwider eine ihm nicht gehörende bewegliche Sache, so kann der Gläubiger nur auf Grund der Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Eigentum erwerben. Doch muß im Falle der Leistung gemäß § 1282 zum Eigentumserwerbe des Gläubigers nach der entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 166 Abs. 1 der gute Glaube des Pfandgläubigers erforderlich und genügend sein. Erwirbt der Gläubiger das Eigentum nicht, so kann der Pfandgläubiger auch trotz eigenen guten Glaubens nicht Pfandrecht erwerben, weil es an dem dazu erforderlichen Bestellungsvertrage fehlt. Erwirbt dagegen der Gläubiger das Eigentum, so dürfte aus § 1287 Satz 1 zu folgern sein, daß auch der Pfandgläubiger, und zwar unabhängig von seinem eigenen guten Glauben, das Pfandrecht erwirbt. Entsprechendes muß gelten, wenn ein Grundstück Gegenstand der Leistung ist (ebenso Biermann Erl. 1, 2 zu § 1287; Kober Erl. 1c zu § 1287; teilweise abw. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 541).

2. Die Wirkungen der Leistung des Schuldners sind in den Fällen des § 1281 und des § 1282 im allgemeinen (s. Erl. 4) die gleichen, und zwar bestimmt der § 1287 Satz 1 sie entsprechend der für den Nießbrauch an einer Forderung geltenden Vorschrift des § 1075 Abs. 1.

a) Der Gläubiger erwirbt den Gegenstand der Leistung. Bezüglich der Art der Leistung gilt, wenn diese nach § 1281 an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgt und Geld den Gegenstand der Leistung bildet, das oben S. 454 in der Erl. 1 zu § 1077 Gesagte. Bei anderen beweglichen Sachen werden der Gläubiger und der Pfandgläubiger durch die an sie gemeinschaftlich bewirkte Leistung Mitbesitzer und der Pfandgläubiger kann auch vermöge des ihm zufallenden Pfandrechts an der Sache nicht Einräumung des Alleinbesitzes verlangen (Erl. 3 zu § 1281; a. A. anscheinend Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 513). Bei Grundstücken hat die Leistung, und zwar sowohl die Übertragung des Eigentums als auch die Übergabe, gleichfalls an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich zu erfolgen. Der Pfandgläubiger hat jedoch dem Gläubiger gegenüber kein Recht auf den Besitz, da er durch die Leistung nach Satz 2 nur eine Sicherungshypothek erwirbt, die zum Besitze nicht berechtigt; er muß also dem Gläubiger den Alleinbesitz einräumen, kann die Erfüllung dieser Verpflichtung aber verweigern, bis der Gläubiger seine Verpflichtung, gemäß § 894 zur Eintragung der Sicherungshypothek mitzuwirken, erfüllt hat (§ 273 Abs. 1).

Im Falle des § 1282 gilt in betreff der Art der Leistung das oben S. 450 in der Erl. 1 zu § 1075 Bemerkte.

b) Der Pfandgläubiger erwirbt mit der Leistung ein Pfandrecht an dem geleisteten Gegenstande. Das Pfandrecht entsteht als Wirkung des Pfandrechts an der Forderung mit der Leistung kraft Gesetzes, ohne daß es einer Bestellung bedarf. Die Vorschrift ist selbstverständlich nur anwendbar, wenn an dem geleisteten Gegenstand ein Pfandrecht bestehen kann, wenn Gegenstand der Leistung also eine bewegliche Sache oder ein der Belastung mit einem Pfandrechte fähiges Recht ist. Für den Fall, daß die Leistung in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke besteht, setzt deshalb der **Satz 2** an die Stelle des Pfandrechts die diesen entsprechende akzessorische Form der Grundstücksbelastung, die Sicherungshypothek (§ 1184). Auch diese entsteht hier, ebenso wie im Falle des § 1075 der Nießbrauch an dem Grundstück, ausnahmsweise ohne Eintragung (a. A. auch hier Endemann Bd. 2 S. 947 Anm 32, nicht dagegen Dernburg Bd. 3 S. 825); die Eintragung muß also im Wege der Berichtigung des Grundbuchs herbeigeführt werden (Erl. 2 zu § 1075; über die Pfändung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke vgl. CPO. § 848 Abs. 2). Satz 2 findet entsprechende Anwendung auf Forderungen, die auf Bestellung oder Übertragung eines Rechtes, für welches die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, gerichtet sind.

§. 1288. Wird eine Geldforderung in Gemäßheit des §. 1281 eingezogen, so sind der Pfandgläubiger und der Gläubiger einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß der eingezogene Betrag, soweit es ohne Beeinträchtigung des Interesses des Pfandgläubigers thunlich ist, nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Pfandgläubiger das Pfandrecht bestellt wird. Die Art der Anlegung bestimmt der Gläubiger.

Erfolgt die Einziehung in Gemäßheit des §. 1282, so gilt die Forderung des Pfandgläubigers, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger berichtigt.

Für andere Forderungen, an deren Gegenstand ein Pfandrecht nicht bestehen kann, folgt aus der Unanwendbarkeit des § 1287, daß, soweit sie überhaupt der Verpfändung fähig sind, die gesetzlichen Vorschriften der §§ 1281, 1282 für sie nicht passen und daß es daher, abgesehen von der Verwertung der Forderung nach § 1277, Sache der Beteiligten ist, die dem Pfandgläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung zustehenden Befugnisse in Gemäßheit des § 1284 vertragsmäßig anderweit zu regeln. Insbesondere gilt dies für Forderungen auf Vornahme von Handlungen, namentlich auf Leistung von Diensten. Soweit solche Forderungen überhaupt übertragbar und daher verpfändbar sind, wird dem Pfandgläubiger zweckmäßig in Abweichung vom § 1282 Abs. 2 das Recht zum Verkauf einzuräumen sein (M. III S. 864 f.).

Die Wirkungen des Pfandrechts und der Sicherungshypothek bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften und sind danach verschieden, je nachdem die Voraussetzungen des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers noch nicht oder schon eingetreten sind.

3. In betreff der Fälle, daß die Forderung anders als durch Leistung erlischt und daß der Pfandgläubiger selbst Schuldner ist, treffen die Erl. zu § 1072 a. E. und die Erl. 5 zu § 1075 (oben S. 447, 452) hier entsprechend zu.

4. Eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 1287 ergibt sich aus § 1288 Abs. 2 (Erl. 2 zu § 1288).

§ 1288.

E. II § 1219 Abs. 3, § 1221; II 1195 rev. § 1273; III § 1271. P. I S. 5723 f., 5726 ff., 5731 f., 5759 ff., 5786 ff., 6253, 6257; M. III S. 865 f. P. II Bd. 3 S. 522 f., 532, 534.

1. **Abs. 1.** Die Voraussetzung, daß eine Geldforderung in Gemäßheit des § 1281 eingezogen wird, liegt sowohl dann vor, wenn geschuldetes Geld von dem Schuldner an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich geleistet, als auch dann, wenn es für beide hinterlegt wird. Über den Begriff der Geldforderung vgl. Erl. 1 zu § 1279.

Der Abs. 1 soll verhüten, daß das Geld von der Einziehung bis zum Beitritte des Befriedigungsrechts zum Schaden des Gläubigers zinslos liegen bleibt. Zu diesem Zwecke verpflichtet er den Pfandgläubiger und den Gläubiger gegenseitig, zu einer die Interessen beider wahrenden mündelsicheren Wiederanlegung des Geldes mitzuwirken, jedoch nur, soweit es ohne Beeinträchtigung des Interesses des Pfandgläubigers tunlich ist. Der Abs. 1 entspricht im übrigen dem § 1079; vgl. daher oben S. 456 die Erl. zu letzterem. Die Wiederanlegung erfolgt auf den Namen des Gläubigers oder in Inhaberpapieren unter gleichzeitiger Bestellung eines Pfandrechts für den Pfandgläubiger nach Maßgabe der §§ 1274, 1280 oder des § 1293. Die Bestimmung der Art der Anlegung ist hier, abweichend von § 1079 Satz 2, dem Gläubiger vorbehalten. Dabei ist an den Regelfall gedacht, daß der Pfandgläubiger nicht berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen. Im entgegengesetzten Falle ist es Sache der Vereinbarung, dem Pfandgläubiger das Bestimmungsrecht in betreff der Art der Wiederanlegung zu sichern.

2. **Abs. 2.** Voraussetzung ist, daß eine Geldforderung von dem Pfandgläubiger allein nach dem Eintritte seines Befriedigungsrechts eingezogen ist. Nicht hängt die Anwendbarkeit des Abs. 2 auch davon ab, daß sich der Pfandgläubiger, in Gemäßheit des § 1282 Abs. 1 Satz 2, auf die Einziehung des zu seiner Befriedigung erforderlichen Betrags beschränkt hat; denn wenn mangels dieser Voraussetzung die Vorschrift des Abs. 2 überhaupt nicht anwendbar sein sollte, so hätte es nicht ihrer inhaltlichen Beschränkung durch die Worte „soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt“ bedurft.

Die Bestimmung des Abs. 2 entspricht der des § 1247 Satz 1 (Erl. 2a zu § 1247). Das vom Pfandgläubiger eingezogene Geld soll in betreff der Befriedigung des Pfandgläubigers dem

§. 1289. Das Pfandrecht an einer Forderung erstreckt sich auf die Zinsen der Forderung. Die Vorschriften des §. 1123 Abs. 2 und der §§. 1124, 1125 finden entsprechende Anwendung; an die Stelle der Beschlagnahme tritt die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von dem Einziehungsrechte Gebrauch mache.

---

als Erlös eines Pfandverkaufs gezahlten Gelde gleich behandelt werden. Soweit der eingezogene Betrag dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, soll daher die Forderung des Pfandgläubigers als von dem Gläubiger berichtigt gelten. Die Zahlung des Geldes seitens des Schuldners an den Pfandgläubiger hat also in Höhe des diesem gebührenden Betrags die gleiche Wirkung, wie wenn sie seitens des Gläubigers zur Berichtigung der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung erfolgt wäre. Daraus ergibt sich, daß, wenn der Gläubiger für die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung nicht persönlich haftet, diese Forderung nicht erlischt, sondern nach § 1225 Satz 1 verb. mit § 1273 Abs. 2 auf ihn übergeht. Ebendaraus folgt ferner, daß, wenn der eingezogene Betrag dem Pfandgläubiger ganz gebührt, dieser, abweichend vom § 1287 Satz 1, mit der Zahlung das Eigentum an dem Gelde erwirbt. Gebührt dagegen dem Pfandgläubiger das eingezogene Geld nur teilweise, so gilt für das Eigentum an dem Gelde das gleiche wie bei einem die Forderung des Pfandgläubigers übersteigenden Erlös eines Pfandverkaufs. Der Pfandgläubiger und der Gläubiger werden Miteigentümer nach dem Verhältnisse des dem ersteren gebührenden Betrags zu dem überschießenden Betrage, der Pfandgläubiger auf Grund des § 1288 Abs. 2, der Gläubiger auf Grund des § 1287 Satz 1; wegen der Befugnis des Pfandgläubigers zur Aufhebung der Gemeinschaft durch Teilung in Natur gilt das oben S. 800 in der Erl. 2a zu § 1247 Gesagte. Der Gläubiger kann auf Grund seines Miteigentums an dem eingezogenen Betrage von dem Pfandgläubiger Auszahlung des ihm gebührenden Betrags verlangen (a. A. Biermann Erl. 2, der den Pfandgläubiger nach § 687 Abs. 2, Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 541, der ihn aus dem Verpfändungsvertrage haften läßt, und Kober Erl. 2b). Tut er dies, so genehmigt er damit die Zuvielzahlung des Schuldners an den Pfandgläubiger, so daß seine Forderung gegen den Schuldner auch in Höhe des von diesem zu viel gezahlten Betrags nach § 362 Abs. 2 erlischt. Der Gläubiger kann aber auch von dem Schuldner den von diesem zu viel gezahlten Betrag noch einmal verlangen. Mit der Zahlung dieses Betrags an den Gläubiger erlischt dessen Gläubigerschaft und damit auch sein Miteigentum an dem Erlöse. Der Schuldner kann in solchem Falle das zu viel Gezahlte nach Maßgabe der §§ 812, 814 von dem Pfandgläubiger zurückfordern.

§ 1289.

E. I § 1222; II § 1196 rev. § 1273; III § 1271. P. I S. 5723, 5726 f., 5729, 5734, 5771 ff., 6253, 6257; M. III S. 866 f. P. II Bd. 3 S. 534 ff., 543.

1. **Die Vorschrift des Satz 1,** daß das Pfandrecht an einer Forderung sich auf deren Zinsen erstreckt, enthält nicht, wie die M. III S. 866 anzunehmen scheinen, eine Ausnahme von der Regel, daß bei dem Pfandrecht an einem Rechte der Pfandgläubiger nur dann berechtigt ist, die Nutzungen des Rechtes zu ziehen, wenn ihm diese Befugnis vertragsmäßig eingeräumt ist (Erl. 2e zu § 1273); sondern sie erstreckt bei dem Pfandrecht an einer Forderung nur das Pfandrecht auf die Zinsen der Forderung, ähnlich wie der § 1123 Abs. 1 die Hypothek auf die Miet- und Pachtzinsforderungen. Die Bestimmung beruht auf der Annahme eines ihrem Inhalt entsprechenden regelmäßigen Parteiwillens. Durch Vereinbarung unter den Parteien wird deshalb die Ausdehnung des Pfandrechts auf die Zinsen ausgeschlossen werden können.

2. **Durch Satz 2** wird die pfandrechtliche Haftung der Zinsforderungen nach Satz 1 aus gleichen Gründen und in entsprechender Weise abgeschwächt wie die hypothekarische Haftung der Miet- und Pachtzinsforderungen durch den § 1123 Abs. 2 und die §§ 1124, 1125. **Aus der entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften ergibt sich folgendes:**

Eine fällige Zinsforderung wird mit dem Ablauf eines Jahres nach der Fälligkeit von der Pfandhaftung frei, wenn der Pfandgläubiger nicht vorher dem Schuldner angezeigt hat, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache, soweit die Forderung sich nicht auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Anzeige laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht (§ 1123 Abs. 2). Vor der bezeichneten Anzeige des Pfandgläubigers kann der Gläubiger mit Wirksamkeit gegenüber jenem die Zinsen einziehen oder sonst über sie verfügen, insbesondern

§. 1290. Bestehen mehrere Pfandrechte an einer Forderung, so ist zur Einziehung nur derjenige Pfandgläubiger berechtigt, dessen Pfandrecht den übrigen Pfandrechten vorgeht.

---

einem Dritten die Zinsforderung frei von dem Pfandrecht übertragen oder ein diesem vorgehendes Recht an der Forderung einräumen, wobei der Übertragung der Zinsforderung die Übertragung der Hauptforderung ohne sie gleichsteht, jedoch mit der Beschränkung, daß jede Verfügung insoweit dem Pfandgläubiger gegenüber unwirksam ist, als sie sich auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Anzeige laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht (§ 1124). Ebenso kann der Schuldner gegen die Forderung auf Zinsen für eine spätere als die vorbezeichnete Zeit nicht eine ihm dem Gläubiger gegenüber zustehende Forderung gegen den Pfandgläubiger aufrechnen (§ 1125).

Nach diesen Bestimmungen gewinnt das Pfandrecht an den Zinsen der Forderung praktische Bedeutung erst mit der Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache; denn dem Pfandgläubiger haften nur die innerhalb eines Jahres vor der Anzeige fällig gewordenen und die seit der Anzeige laufenden Zinsen, soweit der Gläubiger nicht vor der Anzeige wirksam über sie verfügt hat. Zweifelhaft ist, ob unter dem Einziehungsrechte, von welchem Gebrauch machen zu wollen der Pfandgläubiger dem Schuldner anzeigen muß, nur das ihm im Falle des § 1282 zustehende Recht, die Zahlung an sich zu verlangen, zu verstehen ist oder ob darunter auch das ihm im Falle des § 1281 zustehende Recht, die Zahlung an sich und den Gläubiger gemeinschaftlich zu verlangen, mitbegriffen ist. Bei der ersteren Annahme würde die pfandrechtliche Haftung der Zinsen praktische Bedeutung erst von dem Zeitpunkt an haben, in welchem die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 eingetreten sind. Dies dürfte der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen, und da auch das dem Gläubiger nach § 1281 zustehende Recht seinem Inhalte nach ein Recht auf Einziehung der Forderung, wenn auch nur in der dort bezeichneten Art, ist, so dürfte sich eine einschränkende Auslegung des Wortes „Einziehungsrecht" nicht rechtfertigen.

3. **Die Vorschriften des § 1289 beziehen sich** sowohl auf rechtsgeschäftlich bestimmte als auch auf gesetzliche Zinsen. Sie gelten nicht nur für Forderungen, die auf Zinsen ausstehen (vgl. oben S. 453 Erl. 2 zu § 1076). Der von der zweiten Kommission angenommene Antrag beschränkte die Vorschriften zwar auf solche Forderungen. Diese auch dem E. I fremde Beschränkung ist aber nicht in das Gesetz übergegangen. Der Pfandgläubiger ist somit in Gemäßheit des § 1282 auch berechtigt, die gesetzlichen Zinsen der Forderung zum Zwecke seiner Befriedigung einzuziehen, soweit sie ihm nach der Erl. 2 noch haften.

4. **Sonstige Erweiterungen der Forderung wegen Verschuldens** werden als Akzessorien der Forderung mit dieser dem Pfandrecht unterliegen (M. III S. 867). Doch gilt dies nur für Erweiterungen, die kraft Gesetzes eintreten. Bei Erweiterungen, die auf Rechtsgeschäft beruhen, insbesondere Vertragsstrafen, entscheidet der Inhalt des Pfandbestellungsvertrags darüber, ob sich das Pfandrecht auf sie erstreckt.

§ 1290.

E. I § 1218 Abs. 3; II § 1197 rev. § 1275; III § 1273. P. I S. 5723, 5727 ff., 5744 ff., 5763 ff., 5789 f., 6253, 6257, 6269, 6273; M. III S. 863. P. II Bd. 3 S. 532, 543.

1. **Der § 1290 ergänzt den § 1282** in bezug auf den Fall, daß an einer Forderung mehrere Pfandrechte bestehen, d. h. durch Rechtsgeschäft bestellt sind. Der Fall des Zusammentreffens eines durch Pfändung begründeten Pfandrechts mit einem rechtsgeschäftlich bestellten oder einem anderen durch Pfändung begründeten Pfandrechte regelt sich nach den Vorschriften der CPO. (insbes. §§ 804, 840, 853—856).

2. **Sind die an der Forderung bestehenden Pfandrechte von verschiedenem Range,** so könnte, wenn man die Vorschrift des § 1232 Satz 2 über das Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers gemäß § 1273 Abs. 2 Satz 1 auf das Einziehungsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers entsprechend anwenden würde, die Folgerung gezogen werden, daß auch dem nachstehenden Pfandgläubiger das Einziehungsrecht nach § 1282 zustehe. Dieses Ergebnis wäre jedoch unangemessen, weil der nachstehende Pfandgläubiger nicht mehr Rechte haben kann, als sein Rechtsurheber, der Gläubiger, nach Bestellung des vorgehenden Pfandrechts noch selbst hat. Der § 1290 tritt deshalb jener unrichtigen Folgerung durch die Vorschrift entgegen, daß zu

§. 1291. Die Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung gelten auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld.

Einziehung der Forderung nur der den übrigen vorgehende Pfandgläubiger berechtigt ist.

Die Vorschrift hat eine verschiedene Wirkung bei Geldforderungen und bei anderen Forderungen. Mit der Einziehung einer nicht auf Geld gerichteten Forderung durch den vorgehenden Pfandgläubiger erwirbt auch der nachstehende Pfandgläubiger gemäß § 1287 ein Pfandrecht an dem geleisteten Gegenstande, bei einem Grundstück eine Sicherungshypothek, und zwar mit dem Range, welcher dem seines bisherigen Pfandrechts an der Forderung entspricht. Der nachstehende Pfandgläubiger hat, ebenso wie nach der Erl. 4 zu § 1282 der Gläubiger, nur das Recht, von dem Schuldner Leistung an den vorgehenden Pfandgläubiger (nicht, wie Turnau-Förster Erl. 1 zu § 1290 annimmt, an alle Pfandgläubiger), gegebenenfalls Hinterlegung oder Ablieferung für ihn zu verlangen. Außerdem kann er seine Befriedigung nach § 1277 suchen.

Bei Geldforderungen beschränkt sich dagegen das Einziehungsrecht des vorgehenden Pfandgläubigers auf den zu seiner Befriedigung erforderlichen Betrag (§ 1282 Abs. 1 Satz 2). Ebenso würde nach derselben Vorschrift der nachstehende Pfandgläubiger das Einziehungsrecht bezüglich des nicht zur Befriedigung des vorhergehenden, dagegen zu seiner Befriedigung erforderlichen Betrags haben. Dieses Einziehungsrecht auszuschließen, ist mit der Vorschrift des § 1290 unzweifelhaft nicht beabsichtigt, wie denn der E. I § 1218 Abs. 3 die Bestimmung ausdrücklich auf das im § 1218 Abs. 1 behandelte Einziehungsrecht bei anderen als Geldforderungen beschränkte. Es erscheint unbedenklich, den § 1290 dieser Absicht entsprechend einschränkend auszulegen. Der nachstehende Pfandgläubiger kann demgemäß den nicht zur Befriedigung des vorstehenden Pfandgläubigers erforderlichen Betrag, soweit er zu seiner Befriedigung notwendig ist, ebenso einziehen, wie mangels eines nachstehenden Pfandrechts der Gläubiger selbst zur Einziehung des überschießenden Betrags berechtigt ist (ebenso Turnau-Förster a. a. O.; a. A. Biermann Erl. 1; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 544; Kober Erl. 1).

Soweit der nachstehende Pfandgläubiger nicht einziehen kann, kann er auch nicht kündigen, da die Kündigung die Vorbereitung der Einziehung ist.

3. Haben die an der Forderung bestehenden Pfandrechte gleichen Rang, so steht jedem der Pfandgläubiger das Einziehungsrecht nach § 1282 zu. Bei Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind, ergibt sich ein ähnliches Rechtsverhältnis wie bei einem auf eine unteilbare Leistung gerichteten Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern. Es rechtfertigt sich daher die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 432. Der Schuldner kann danach nur an alle Pfandgläubiger gemeinschaftlich leisten, und jeder Pfandgläubiger kann nur die Leistung an alle oder die Hinterlegung der geschuldeten Sache oder ihre Ablieferung an einen gerichtlich bestellten Verwahrer für alle verlangen. Die Wirkung der Leistung besteht nach § 1287 in dem Erwerbe von Pfandrechten oder Sicherungshypotheken von gleichem Range seitens der Pfandgläubiger. Bei einer Geldforderung kann jeder der im Range gleichstehenden Pfandgläubiger den zu seiner Befriedigung erforderlichen Betrag, wenn aber diese Beträge zusammen den Betrag der Forderung übersteigen, einen entsprechend geringeren Betrag selbständig einziehen (a. A. anscheinend Turnau-Förster Erl. 2 zu § 1290). Die Befugnis des Schuldners zur Hinterlegung des Geldes bestimmt sich nach § 372.

§ 1291.

E. I § 1224; II § 1198 rev. § 1276; III § 1274. P. I S. 5724, 5726 ff., 5733, 5777; M. III S. 867. P. II Bd. 3 S. 536.

Die Vorschrift entspricht dem § 1080 und beruht auf denselben Erwägungen wie dieser (oben S. 457 Erl. zu § 1080). Im einzelnen ist von den Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung der § 1280 auf Grundschulden und Rentenschulden nur bezüglich der Ansprüche auf rückständige Zinsen und Renten anwendbar. Für die Anwendung der §§ 1281—1290 steht die Grundschuld einer auf Zahlung eines Geldkapitals gerichteten Forderung, und zwar im Falle des § 1191 Abs. 2 einer solchen, bei welcher Zinsen oder andere Nebenleistungen bedungen sind, die Rentenschuld einer auf Zahlung einer Geldrente gerichteten Forderung gleich, bei der eine den §§ 1201, 1202 entsprechende Ablösung bedungen ist. An die Stelle des Schuldners tritt der Eigentümer des mit der Grundschuld oder Rentenschuld belasteten Grundstücks.

§. 1292. Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossierten Papiers.

---

§ 1292.

E. I § 1225; II § 1199 rev. § 1177; ; III § 1275. P. I S. 5779, 5782 f.; M. III S. 868. P. II Bd. 3 S. 522 f., 527 ff. D. S. 677.

1. **Die besondere Vorschrift des § 1292** über die Verpfändung von Wechseln und anderen indossabelen Papieren ist aufgenommen, weil man den allgemeinen Grundsatz des § 1274 nicht für ausreichend hielt, um die für den Verkehr hervorragend wichtige Frage nach den Erfordernissen einer solchen Verpfändung zweifelsfrei zu entscheiden. Die Vorschrift ist im wesentlichen dem Art. 309 Abs. 2 Nr. 2 des alten HGB. nachgebildet, welcher im Falle der Verpfändung von indossabelen Papieren unter Kaufleuten für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften neben der einfachen Vereinbarung über die Verpfändung die Übergabe des indossierten Papiers für genügend erklärte.

Bei der sog. Verpfändung eines Wechsels &c. handelt es sich übrigens in Wahrheit nicht um die Verpfändung des Papiers, sondern um die des Rechtes aus dem Papiere.

2. **Gegenstand der Vorschrift** sind Wechsel, ferner, wenn sie an Order lauten, kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine, Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer, Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten, Bodmereibriefe und Transportversicherungspolicen (HGB. § 363), weiter kraft Gesetzes Namensaktien (HGB. § 222 Abs. 3), endlich nach Maßgabe der Landesgesetze Chels sowie Lagerscheine anderer als der vorerwähnten Anstalten (EG. z. HGB. Art. 16, 17, 21).

3. **Die im § 1292 aufgestellten Erfordernisse der Verpfändung von indossabelen Papieren** sind:

a) die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers, d. h. die zu jeder Verpfändung erforderliche Einigung darüber, daß dem Pfandgläubiger das Pfandrecht zustehen soll (§ 1205). Daraus, daß im § 1292 als Beteiligter neben dem Pfandgläubiger der Gläubiger genannt wird, darf nicht die Beschränkung der Vorschrift auf Forderungspapiere gefolgert werden. Gläubiger ist vielmehr derjenige, welchem das Recht aus dem Papiere zusteht.

b) Übergabe des indossierten Papiers. Das Indossament muß ein eigentliches Indossament (WO. Art. 9), darf dagegen nicht ein bloßes Prokura-Indossament (WO. Art. 17) sein; denn dieses gewährt dem Indossatar nicht diejenige selbständige Rechtsstellung gegenüber dem Indossanten, welche dem Zwecke der Verpfändung entspricht, und es hätte daher besonderer gesetzlicher Anerkennung bedurft, wenn das Prokura-Indossament, das ohnehin nur für Wechsel in Betracht kommen könnte, für die Verpfändung dem eigentlichen Indossamente hätte gleichgestellt werden sollen. Ein Blanko-Indossament (WO. Art. 12) reicht aus, und zwar nicht nur ein von dem Verpfänder selbst ausgestelltes, sondern auch ein solches, mittels dessen der Verpfänder das Papier erworben hat; denn der § 1292 erfordert nur Übergabe des indossierten Papiers, diesem Erfordernisse genügt aber auch die sog. Blankoübergabe (Staub, WO. 4. Aufl. § 4 zu Art. 13; derselbe HGB. Anm. 10 zu § 368). Die Beifügung eines den Pfandzweck andeutenden Zusatzes zu dem Indossament, wie „zum Pfande", erscheint nicht unzulässig (ebenso Staub, HGB. a. a. O.; vgl. auch P. II Bd. 3 S. 263). Darin, daß ein blankoindossierter Wechsel zur Sicherung des Gläubigers in Depot gegeben wird, liegt nicht notwendig eine Verpfändung des Wechsels (Rspr. 7 S. 172).

Die Übergabe des Papiers muß, entsprechend dem § 1205 Abs. 1 Satz 1, eine körperliche sein. Die im § 1205 Abs. 2 und im § 1206 zugelassenen Ersatzmittel der Übergabe reichen hier nicht aus. Das Erfordernis der Übergabe bezweckt, den Pfandgläubiger zur Aushändigung des Papiers an den Schuldner gegen Empfang der Leistung instand zu setzen (WO. Art. 39; HGB. § 364 Abs. 3; Biermann Erl. 1 zu § 1292; Staub, HGB. a. a. O.). Daß die Übergabe der Einigung nachfolgt und zum Zwecke der Pfandbestellung geschieht, ist nicht erforderlich.

4. **Die Wirkungen der Verpfändung nach § 1292** gestalten sich dadurch eigentümlich, daß zu den Erfordernissen dieser Verpfändung die Übergabe des indossierten Papiers gehört und daß sich an dieses Tatbestandsmoment nach den Vorschriften über das Indossament Rechtsfolgen knüpfen, die über den Pfandzweck hinausgehen. Durch das eigentliche Indossament in Ver-

bindung mit einem gültigen Begebungsvertrage werden im allgemeinen einerseits das Eigentum an dem Papier, anderseits alle Rechte aus dem Papier auf den Indossatar übertragen (WO. Art. 9, 10; HGB. §§ 363, 364). Es fragt sich, wie diese regelmäßigen gesetzlichen Wirkungen des Indossaments damit zu vereinigen sind, daß im Falle des § 1292 die Übergabe des indossierten Papiers nur zum Zwecke der Bestellung eines Pfandrechts an dem Papier und dem Rechte aus dem Papier erfolgt. In den Kommissionen für die erste und die zweite Lesung des Entwurfes eines BGB. gingen die Ansichten über diese Frage auseinander. Die erste Kommission nahm an, daß ein eigentliches Pfandrecht durch Indossament überhaupt nicht begründet werden könne, daß bei der sog. Verpfändung durch Indossament in Wahrheit eine Übertragung des Rechtes vorliege, bei welcher der Erwerber nur obligatorisch gebunden sei, das ihm übertragene Recht für fremde Rechnung dem Pfandrechtszweck entsprechend auszuüben, indem er zugleich in Beziehung auf die Erhaltung des Rechtes bestimmte Verpflichtungen übernehme (P. I S. 5782 f.; M. III S. 868). In der zweiten Kommission wurde von einer Seite im wesentlichen die gleiche Auffassung vertreten, jedoch mit der Abweichung, daß das Eigentum an dem Papiere, solange der Pfandgläubiger von dem ihm eingeräumten Rechte, als Eigentümer des Papiers aufzutreten, keinen Gebrauch mache, dem Indossanten verbleibe, so daß dieser im Konkurse des Pfandgläubigers das noch nicht begebene Papier als sein Eigentum herausverlangen könne. Dagegen ging eine andere Ansicht dahin, daß es sich bei der Verpfändung durch Indossament um die Bestellung eines eigentlichen Pfandrechts handele, daß durch das Indossament der Pfandgläubiger zwar nach außen hin zur Einziehung und Weiterbegebung legitimiert werde, das Eigentum an dem Papier aber dem Verpfänder verbleibe und für das Verhältnis zwischen diesem und dem Pfandgläubiger der Pfandvertrag maßgebend sei. Die Mehrheit der zweiten Kommission hielt es nicht für erforderlich, zu dieser Meinungsverschiedenheit über das Wesen und die Wirkung der sog. Verpfändung mittels Indossaments Stellung zu nehmen. Die letzterwähnte Ansicht dürfte im wesentlichen als zutreffend anzusehen sein.

Der § 1292 erklärt die Übergabe des indossierten Papiers zusammen mit der Einigung über die Bestellung eines Pfandrechts zur Verpfändung des Papiers für genügend, knüpft also an die Übergabe und die Einigung die Wirkung, daß ein Pfandrecht an dem Papier entsteht. Mit diesem Inhalte des Gesetzes ist die Auffassung unvereinbar, daß durch den im § 1292 vorausgesetzten Rechtsakt nicht ein Pfandrecht bestellt, sondern das Papier und die Rechte aus ihm fiduziarisch auf den sog. Pfandgläubiger übertragen würden und dieser nur obligatorisch zu einer dem Pfandzweck entsprechenden Ausübung des übertragenen Rechtes verpflichtet werde (so Dernburg Bd. 3 S. 827; Turnau-Förster Erl. 1a zu § 1296 S. 914). Der § 1292 sagt das Gegenteil. Man wird daher davon ausgehen müssen, daß durch die im § 1292 vorausgesetzte Einigung und Übergabe ein Pfandrecht an dem Papier und dem Rechte aus dem Papiere begründet wird (ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 488; Gierke, Sachenrecht S. 151 Anm. 41; Kober Erl. 2a zu § 1292; Schultz in Jherings Jahrb. 43 S. 53; Staub, HGB. Anm. 67 zu § 368; jetzt auch Biermann Erl. 2 zu § 1292 und Endemann Bd. 2 S. 948 § 145 Nr. 2). Das Eigentum an dem Papiere wird also nicht auf den Pfandgläubiger übertragen. Die Übertragung folgt auch nicht aus den Vorschriften über die Wirkungen des Indossaments. Denn wenn nach diesen die in Rede stehenden Orderpapiere durch Indossament übertragen werden können, so überträgt doch unstreitig auch ein eigentliches Indossament das Eigentum an dem Papiere nur dann, wenn ein gültiger, auf die Übertragung gerichteter Vertrag hinzutritt (Staub, WO. § 3 zu Art. 9). Bei dem im § 1292 vorausgesetzten Tatbestande liegt der Übergabe des indossierten Papiers zwar auch ein Vertrag zugrunde, aber nicht ein auf Übertragung des Eigentums, sondern ein auf Bestellung eines Pfandrechts an dem Papiere gerichteter Vertrag. An das mit diesem Vertrage verbundene Indossament knüpft der § 1292 nicht die Wirkung, daß das Eigentum am Papier übertragen, sondern nur die, daß ein Pfandrecht an ihm begründet wird. Der § 1292, welcher für die Verpfändung von Orderpapieren die sedes materiae bildet, enthält somit über die Wirkung des dem Zwecke der Verpfändung dienenden Indossaments eine Sondervorschrift, neben welcher die allgemeinen Vorschriften über die Wirkungen des Indossaments nur so weit Anwendung finden, als sie mit ihr vereinbar sind. Auch die Befugnisse, welche das nach § 1292 begründete Pfandrecht dem Pfandgläubiger gewährt, sind in erster Linie im vorliegenden Titel geregelt, insbesondere das Recht zur Einziehung und zur Kündigung sowie das Verkaufsrecht (§§ 1294, 1295). Dabei ist offenbar gleichfalls davon ausgegangen, daß der Pfandgläubiger nicht ohne weiteres alle Rechte erwerbe, die nach den allgemeinen Vorschriften über das eigentliche Indossament

§. 1293. Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

---

durch dieses begründet werden; denn sonst würde sich das im § 1294 bestimmte Einziehungsrecht von selbst verstehen. Man wird insbesondere auf Grund des § 1282 Abs. 2 dem Pfandgläubiger die Befugnis, das Papier weiter zu indossieren, absprechen müssen (ebenso Staub, HGB. Anm. 68 zu § 368).

Für die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über das Indossament bleibt hiernach nur noch insoweit Raum, daß das der Verpfändung dienende Indossament den Pfandgläubiger mit den Beschränkungen, die sich aus den Vorschriften des BGB. ergeben, nach außen hin in gleicher Weise als Eigentümer legitimiert wie ein zwecks Übertragung erfolgendes eigentliches Indossament. Es finden also namentlich Anwendung die Vorschriften der WO. Art. 36 (HGB. § 222 Abs. 3, § 365 Abs. 1) über die Legitimation des Besitzers des indossierten Papiers. Ferner sind auf den Schutz desjenigen, welcher das Papier vom Pfandgläubiger trotz des diesem fehlenden Rechtes zur Weiterindossierung durch Indossament gutgläubig erwirbt, die Vorschriften der WO. Art. 74 (HGB. a. a. O.) anwendbar. Endlich bestimmen sich die dem Schuldner gegen den Pfandgläubiger zustehenden Einwendungen nach den Vorschriften der WO. Art. 82 und des HGB. § 364 Abs. 2 (ebenso Staub, HGB. Anm. 67 zu § 368). Die Wirkung des Pfandindossaments steht somit keineswegs, wie Burchard, Z. f. HR. 48 S. 622, für das frühere Recht anzunehmen scheint, einem bloßen Prokura-Indossamente gleich. Im Verhältnisse zwischen dem Indossanten und dem Pfandgläubiger begründet das Pfand-Indossament im Zweifel keine wechselmäßige Haftung des ersteren (Rspr. 8 S. 197).

5. **Der im § 1292 vorausgesetzte Tatbestand ist nicht**, wie im E. I § 1225, **als zur Verpfändung von indossabelen Papieren erforderlich, sondern nur als zur Verpfändung genügend bezeichnet.** Dies beruht auf dem Beschlusse der zweiten Kommission, welche es für richtiger erachtete, sich auch in dieser Hinsicht ganz dem alten Art. 309 Abs. 2 Nr. 2 des HGB. anzuschließen. Dort bedeutete der Ausdruck „genügt", daß durch die Sondervorschrift die allgemeinen Bestimmungen über die Verpfändung nur insoweit, als sie strengere Erfordernisse aufstellten, ausgeschlossen werden, im übrigen aber unberührt bleiben sollten. In demselben Sinne ist der Ausdruck im § 1292 zu verstehen. Er besagt, daß ein indossabeles Papier oder das Recht aus einem solchen außer nach der Sondervorschrift des § 1292 auch nach den allgemeinen Vorschriften verpfändet werden kann. Gedacht ist dabei an die Verpfändung des Rechtes aus dem Papiere nach § 1274. Danach kann die Forderung oder das sonstige Recht aus einem Orderpapiere, wie es durch formlosen Vertrag und Übergabe des Papiers abgetreten werden kann (Erl. 2c zu § 1280), in gleicher Weise (nicht durch Vertrag und Anzeige der Verpfändung, wie Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 503f. annehmen) auch verpfändet werden, und zwar gelten bezüglich des Erfordernisses der Übergabe hier gemäß § 1274 Abs. 1 Satz 2 die Vorschriften der §§ 1205, 1206.

6. **Besondere Vorschriften über die Pflichten der Kaufleute** in betreff der ihnen unverschlossen als Pfand übergebenen Wertpapiere enthält das Reichsges. v. 5. Juli 1896 (Bankdepotges.) §§ 1, 2, 9—13.

7. **Über die Pfändung** von Forderungen aus Wechseln und anderen indossabelen Papieren vgl. CPO. § 831.

§ 1293.

E. I § 1226 Abs. 1, 2; II § 1200 rev. § 1278; III § 1276. P. I S. 5779ff., 6274, 12024; M. III S. 868f. P. II Bd. 3 S. 523, 531, 536. D. S. 677.

1. **Das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere** hat, ebenso wie das an einem Orderpapiere, zu seinem wesentlichen Gegenstande nicht das Papier, sondern das Recht aus dem Papiere. Wegen der untrennbaren Verbindung dieses Rechtes mit dem Rechte am Papiere wird es jedoch rechtlich grundsätzlich so behandelt, wie wenn lediglich das Papier selbst seinen Gegenstand bildete, mithin wie ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache. Diesen Grundsatz bringt der **§ 1293** dahin zum Ausdrucke, daß für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen gelten.

Über den Begriff des Inhaberpapiers s. oben S. 457 Erl. 1a zu § 1081.

2. **Im einzelnen ergibt sich aus § 1293 für das Pfandrecht an Inhaberpapieren namentlich folgendes:**

§. 1294. Ist ein Wechsel, ein anderes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, oder ein Inhaberpapier Gegenstand des Pfandrechts, so ist, auch wenn die Voraussetzungen des §. 1228 Abs. 2 noch nicht eingetreten sind, der Pfandgläubiger zur Einziehung und, falls Kündigung erforderlich ist, zur Kündigung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten.

---

a) Für die Bestellung des Pfandrechts gelten die Vorschriften der §§ 1205, 1206, deren Anwendbarkeit übrigens auch ohne den § 1293 aus § 1274 folgen würde. Auch eine Verpfändung nach § 1205 Abs. 2 oder § 1206 ist zulässig (a. A. Turnau-Förster Bd. 1 S. 915 Erl. 2; wie hier besonders bezüglich des § 1206 Kober Erl. 1 zu § 1292; Schultz, Die Pfandansprüche nach § 1227 S. 8f.; Wolff in Iherings Jahrb. 44 S. 202; jetzt auch Biermann Erl. zu § 1293). Vgl. Erl. 1 zu § 1294.

Der gutgläubige Pfandnehmer eines Inhaberpapiers wird nach Maßgabe der §§ 1207, 1208 und des HGB. § 366 geschützt. Der Schutz wird gemäß § 935 Abs. 2 auch durch unfreiwilligen Besitzverlust des Eigentümers nicht ausgeschlossen. Der gute Glaube des Pfandnehmers gilt unter den Voraussetzungen des HGB. § 367 als ausgeschlossen.

b) Für das Rechtsverhältnis zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger sind die §§ 1215—1226 maßgebend.

c) Die dinglichen Ansprüche des Pfandgläubigers bestimmen sich nach § 1227. Die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs ist jedoch dadurch erschwert, daß der Pfandgläubiger die für das Eigentum des gegenwärtigen Besitzers streitende Vermutung nicht durch den bloßen Nachweis unfreiwilligen Besitzverlustes beseitigen kann (§ 1006 Abs. 1).

d) Nach dem Eintritte der Voraussetzungen des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers steht diesem das Verkaufsrecht nach den §§ 1228, 1230—1232 zu. Für den Verkauf gelten die Vorschriften der §§ 1233—1249.

Der Pfandgläubiger kann namentlich nach § 1235 Abs. 2 das Papier, wenn es einen Börsenpreis hat, aus freier Hand zum laufenden Preise verkaufen lassen, aber abweichend vom E. I § 1226 Abs. 2 nur durch einen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person (vgl. HGB. Art. 311) und nach vorheriger Androhung des Verkaufs sowie nach Ablauf der Wartefrist (§ 1234).

Neben dem Verkaufsrechte hat der Pfandgläubiger bei Forderungspapieren auch das Einziehungsrecht nach § 1282, welches ihm der § 1294 sogar schon vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts beilegt (vgl. Erl. 3 zu § 1294).

e) Das Pfandrecht erlischt namentlich auch durch Rückgabe des Papiers nach Maßgabe des § 1253, wie sich übrigens schon aus § 1278 ergeben würde.

f) Die gesetzlichen Pfandrechte an beweglichen Sachen bestehen auch an Inhaberpapieren. Für ihren Inhalt ist der § 1257 maßgebend.

3. **Weitere Vorschriften über das Pfandrecht an Inhaberpapieren** enthalten die §§ 1294, 1296 sowie das in der Erl. 6 zu § 1292 genannte Reichsges. v. 5. Juli 1896.

4. **Über die Pfändung** von Inhaberpapieren vgl. namentlich CPO. §§ 808, 821, 823.

§ 1294.

E. I § 1226 Abs. 3; II § 1201 rev. § 1279; III § 1277. P. I S. 5779ff., 6274, 12024; M. III S. 869. P. II Bd. 3 S. 522, 529f.; Bd. 6 S. 262. D. S. 677f.

Der **§ 1294** bestimmt für das Pfandrecht an Order- oder Inhaberpapieren, aus denen eine Leistung verlangt werden kann, Ausnahmen von den Vorschriften des § 1281 und des § 1283 Abs. 1, 2 über das Einziehungs- und Kündigungsrecht vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers. Er hat, entsprechend dem § 1284, nur dispositive Bedeutung.

1. **Voraussetzung der Vorschrift** ist, daß Gegenstand des Pfandrechts ein Order- oder Inhaberpapier ist. Ob bei Orderpapieren die Verpfändung nach § 1292 durch Übergabe des indossierten Papiers oder nach § 1274 Abs. 1 durch bloßen Verpfändungsvertrag in Verbindung mit der Übergabe des Papiers (Erl. 5 zu § 1292) erfolgt ist, macht keinen Unterschied (ebenso Staub Anm. 67 zu § 368; Kober Erl. 1a zu § 1294; a. A. Biermann; Schultz, Die Pfandansprüche nach § 1227 S. 9, die die Vorschrift auf den ersten Fall beschränken). Von der Anwendung des § 1291 sind nach deren allgemeiner Fassung auch die Fälle nicht ausgeschlossen,

§. 1295. Hat ein verpfändetes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, einen Börsen- oder Marktpreis, so ist der Gläubiger nach dem Eintritte der Voraussetzungen des §. 1228 Abs. 2 berechtigt, das Papier nach §. 1221 verkaufen zu lassen.

---

in denen ein Orderpapier nach § 1274 Abs. 1 verb. mit § 1206, ein Inhaberpapier nach § 1293 verb. mit § 1206 nur durch Einräumung des Mitbesitzes des Papiers verpfändet ist. Indessen kann der Pfandgläubiger das im § 1294 anerkannte Einziehungsrecht nur ausüben, wenn er durch den Alleinbesitz der Urkunde in den Stand gesetzt ist, dem Schuldner, wie letzterer es verlangen kann, gegen die Leistung die Urkunde auszuhändigen. Man wird ihm daher unter entsprechender Anwendung des § 1231 nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung aus dem Papiere schon vor den Eintritte seines Befriedigungsrechts einen Anspruch auf Einräumung des Alleinbesitzes des Papiers gegen den Verpfänder gewähren müssen (ebenso Biermann Erl. zu § 1293; Schultz a. a. O. S. 8f.; a. A. Dernburg Bd. 3 S. 827 § 281 Nr. 2).

Aus dem Inhalte des § 1294 ergibt sich, daß dieser nur auf Papiere anwendbar ist, aus denen eine Leistung verlangt werden kann, also auf Namen- oder Inhaberaktien nur insoweit, als sie zur Erhebung der Gewinnanteile berechtigen (Staub, HGB. Anm. 32, 66 zu § 368).

2. Unter den erörterten Voraussetzungen hat der Pfandgläubiger schon vor dem Eintritte seines Befriedigungsrechts

a) das selbständige und ausschließliche Einziehungsrecht, wie gemäß § 1282 Abs. 1 Satz 1 sonst erst nach dem Eintritte des Befriedigungsrechts. Das Einziehungsrecht unterliegt bei Geldforderungen nicht der im § 1282 Abs. 1 Satz 2 bestimmten Beschränkung, sondern erstreckt sich auf die ganze fällige Leistung (ebenso Cosack Bd. 2 S. 374; Biermann, Kober Erl. 2 zu § 1294). Dies ergibt sich aus der Fassung des sachlich gebilligten § 1226 Abs. 3 des E. I sowie aus dem Fehlen eines beschränkenden Zusatzes im § 1294. Aus dem Einziehungsrechte folgt nach § 1285 Abs. 2 die Verpflichtung des Pfandgläubigers zu ordnungsmäßiger Einziehung und zur unverzüglichen Benachrichtigung der Verpfänders von der Einziehung. Dem ausschließlichen Einziehungsrechte des Pfandgläubigers entsprechend kann der Schuldner nur an ihn mit befreiender Wirkung leisten. Die Rechtsfolgen der Einziehung bestimmen sich nach § 1287 und § 1288 Abs. 1.

b) das Kündigungsrecht, wie es der Pfandgläubiger gemäß § 1283 Abs. 3 sonst erst nach dem Eintritte seines Befriedigungsrechts hat. Das hier gewährte Kündigungsrecht steht dem im § 1283 Abs. 3 bestimmten auch darin gleich, daß es das Kündigungsrecht des Gläubigers nach § 1283 Abs. 1 nicht ausschließt (P. II Bd. 6 S. 262; a. A. Biermann; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 518; Kober Erl. 1e; Turnau-Förster Bd. 1 S. 915 Erl. 2) und daß ihm die Wirksamkeit einer dem Pfandgläubiger gegenüber erklärten Kündigung des Schuldners entspricht.

3. Das Einziehungsrecht des Pfandgläubigers nach dem Eintritte seines Befriedigungsrechts bestimmt sich auch bei Order- und Inhaberpapieren nach § 1282; die Wirkungen der Einziehung regeln sich nach § 1287, § 1288 Abs. 2. Doch dürfte für das Einziehungsrecht die beschränkende Vorschrift des § 1282 Abs. 1 Satz 2 auch hier nicht gelten, da letzteres nicht nach dem Eintritte des Befriedigungsrechts enger begrenzt sein kann als vorher. Dagegen wird das Recht des Pfandgläubigers, Abtretung einer Geldforderung an Zahlungsstatt zu verlangen, auf den zur Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlichen Betrag zu beschränken sein.

4. Andere Rechte aus dem Papiere kann der Pfandgläubiger nicht geltend machen, insbesondere bei Aktien nicht das Stimmrecht (s. darüber namentlich Förtsch im Recht 1903 S. 561) oder das Recht zum Bezuge neuer Aktien.

§ 1295.

E. II rev. § 1280; III § 1278. P. II Bd. 3 S. 523, 531 f.; Bd. 6 S. 262 f. D. S. 677.

Der **§ 1295** gibt bei Orderpapieren dem Pfandgläubiger nach dem Eintritte seines Befriedigungsrechts das fernere Recht zum freihändigen Verkaufe. Er lehnt sich an den früheren Art. 311 des HGB. an.

1. Voraussetzung der Vorschrift ist:

a) daß Gegenstand des Pfandrechts ein Orderpapier ist (vgl. Erl. 2 zu § 1292); ob die Verpfändung nach § 1292 oder nach § 1274 erfolgt ist, macht keinen Unterschied;

§. 1296. Das Pfandrecht an einem Werthpapier erstreckt sich auf die zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine nur dann, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind. Der Verpfänder kann, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, die Herausgabe der Scheine verlangen, soweit sie vor dem Eintritte der Voraussetzungen des §. 1228 Abs. 2 fällig werden.

---

b) daß die Voraussetzungen des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers nach § 1228 Abs. 2 eingetreten sind;

c) daß das Papier einen Börsen- oder Marktpreis hat, wie dies namentlich bei Auslandswechseln zutrifft.

2. **Die dem Pfandgläubiger eingeräumte Berechtigung geht dahin,** das Papier aus freier Hand durch einen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise verkaufen zu lassen. Für Forderungspapiere liegt hierin eine Ausnahme von der Vorschrift des § 1282 Abs. 2. Das Verkaufsrecht tritt zu den sonstigen Mitteln der Befriedigung des Pfandgläubigers ergänzend hinzu; als solche kommen die Befugnis, die Befriedigung aus dem Rechte nach § 1277 zu suchen, und bei Forderungspapieren außerdem das Einziehungsrecht (Erl. 3 zu § 1294) in Betracht.

Das im § 1295 bestimmte Verkaufsrecht ist das gleiche, wie es dem Pfandgläubiger nach § 1293 verb. mit § 1235 Abs. 2 bei Inhaberpapieren zusteht (Erl. 2d zu § 1293). Auf die Ausübung dieses Verkaufsrechts und die Wirkungen des Verkaufs finden nach § 1273 Abs. 2 die Vorschriften Anwendung, die für den freihändigen Verkauf einer beweglichen Sache nach Maßgabe des § 1235 Abs. 2 gelten. Der Pfandgläubiger muß daher auch nach § 1234 zur vorherigen Androhung des Verkaufs und zur Einhaltung der Wartefrist für verpflichtet erachtet werden (ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 531; Neumann Erl. 2; a. A. Biermann, Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 378; Kober; Staub HGB. Anm. 68 zu § 368; Turnau-Förster Bd. 1 S. 915 Erl. 3). Hierfür spricht auch, daß die zweite Kommission, die den § 1295 nach wiederholter Beratung aufgenommen hat, nur beabsichtigt hat, dem Pfandgläubiger bei Orderpapieren die gleiche, nicht aber eine weitergehende Erleichterung seiner Befriedigung zuteil werden zu lassen wie bei Inhaberpapieren.

Das Recht, das Papier im Wege öffentlicher Versteigerung verkaufen zu lassen, ist dagegen bei Orderpapieren, anders wie bei den Inhaberpapieren (§ 1293 verb. mit § 1235 Abs. 1), dem Pfandgläubiger versagt, weil bei der öffentlichen Versteigerung von Wechseln rc. regelmäßig genügende Gebote nicht erzielt werden würden.

§ 1296.

E. II § 1202 rev. § 1281; III § 1279. P. II Bd. 3 S. 534f. D. S. 678.

Der § 1296 entscheidet zwei namentlich für das Lombardgeschäft wichtige Fragen in betreff des Pfandrechts an Wertpapieren, zu denen Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine gehören.

1. **Satz 1** bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen das Pfandrecht an dem Hauptpapiere sich auf die Nebenpapiere erstreckt. Bezüglich der Zinsscheine könnte aus § 1289 geschlossen werden, daß sich das Pfandrecht an der Hauptschuldverschreibung ohne weiteres auf sie erstreckt. Diese Behandlung würde jedoch der selbständigen Bedeutung, die der Verkehr den Zinsscheinen beimißt, nicht entsprechen. Satz 1 macht deshalb die Unterwerfung der Zinsscheine — und ebenso der Renten- und Gewinnanteilscheine — unter das Pfandrecht am Hauptpapier, im Anschluß an den Art. 216 Abs. 3 des schweiz. Obligationenrechts, davon abhängig, daß die Scheine dem Pfandgläubiger übergeben sind. Auf die hier erforderte Übergabe werden die Vorschriften des § 1205 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und § 1206 Anwendung finden müssen; denn das Erfordernis der Übergabe dient hier demselben Zwecke wie im § 1205 Abs. 1 Satz 1, nämlich der Kundbarmachung der Verpfändung, und ist daher auch unter den gleichen Voraussetzungen wie dort für entbehrlich oder ersetzbar zu erachten.

Auf gesetzliche Pfandrechte an Wertpapieren der hier fraglichen Art ist die Vorschrift nicht anwendbar; vielmehr erstrecken sie sich auf die Nebenpapiere nur, wenn bezüglich dieser die besonderen gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Pfandrechts erfüllt sind.

2. **Satz 2** hat zur Voraussetzung, daß ein Pfandrecht an einem Wertpapiere sich auf die Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine erstreckt, sei es nach Satz 1, sei es bei gesetzlichen

Pfandrechten nach dem am Schlusse der Erl. 1 Bemerkten (vgl. z. B. Bd. I S. 389 Erl. 3 zu § 234).

Die Erstreckung des Pfandrechts auf die Zinsscheine rc. gewährt dem Pfandgläubiger mangels besonderer Vereinbarung nicht die Befugnis, die Leistung aus einem fälligen Scheine als eine Nutzung des Rechtes aus dem Hauptpapiere für sich zu beanspruchen (Erl. 1 zu § 1289). Satz 2 gibt vielmehr dem Verpfänder dispositiv das Recht, die Herausgabe der Scheine, soweit sie vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers fällig werden, zu verlangen; mit der Herausgabe werden die Scheine selbstverständlich von dem Pfandrechte frei. Aus Satz 2 wird demnach zu folgern sein, daß dem Pfandgläubiger vor dem Eintritte seines Befriedigungsrechts nicht das Einziehungsrecht nach § 1294 zusteht (ebenso Biermann Erl. 1; a. A. Kober Erl. 1c; Neumann Erl. 2).

3. **Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine können auch selbständig verpfändet werden,** und zwar auch vor der Fälligkeit (a. A. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 503). Sind bei einem verpfändeten Wertpapier über das Zinsrecht keine besonderen Scheine ausgestellt, so erstreckt sich das Pfandrecht nach § 1289 ohne weiteres auf die Zinsen. Ebenso ist bei der Verpfändung einer Aktie das Recht auf Gewinnanteile, falls über sie besondere Scheine nicht ausgegeben sind, als stillschweigend mitverpfändet anzusehen (RG. 42 S. 157; Staub Anm. 32 zu § 368; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 497).

5/18/08.

